Die
Verpflichtung des Verkäufers
zur Uebertragung des Eigentums.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Adolf Asch

Rechtsanwalt.

Berlin 1910

Druck von Wilhelm Pilz, N.O. 18, Landsberger Strasse 108.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Meyer.

Literaturverzeichnis.

Amira, Nordgermanisches Obligationen-Recht, Bd. I S. 562ff.

Bechmann, Bd. 1 und 2, Geschichte des Kaufs im römischen Recht. Erlangen 1876.

Bekker, in Bekkers und Muthers Jahrbüchern des gemeinen Rechts, Bd. VI S. 266ff.

Bernhöft, Beitrag zur Lehre vom Kauf. Iherings Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 14 S. 58ff.

— Kauf, Miete und verwandte Verträge, Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines B.G.B., Heft 12.

Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2 S. 505ff.

Bunsen, Einführung in das Bürgerliche Recht, Erster Band 1897.

Chlamtacz, Die rechtliche Natur des Uebereignungsakts durch die Tradition im römischen Recht. Leipzig 1897.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1896.

Dernburg, Pandekten, 5. Auflage. §§ 94, 99.

— Preussisches Privatrecht, Bd. 2. § 135.

— Bürgerliches Recht (Aufl. 1906). II, 2 §§ 180, 181.

Dollinger, Die Haftung des Verkäufers für Mängel im Recht, nach römischem, gemeinem und deutschem Recht. Inaugural-Dissertation Tübingen 1901.

Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums nach römischem und gemeinem Recht.

— Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs; herausgegeben von Leonhard. Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition. 1867.

Fischer, D. H., Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. (Gustav Fischer, 1903.)

Gesterding, Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigentum. 1807.

Gierke, Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Girard, Nouvelle revue histor. 1882, S. 180—218; 1883, S. 537—592; 1884, S. 395—439.

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. (1901.)

Haake, Inwieweit steht das Unvermögen des Schuldners zur Leistung der Unmöglichkeit der Leistung gleich? Inaugural-Dissertation Breslau 1901.

Hachenberg, Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfs eines B.G.B.

Hartmann, Die Obligation: Zweck und Bau. Erlangen 1875.

Jörs, in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 1901. 1. Auflage. Römisches Recht, S. 139.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B.G.B. Jena 1900.

Kleineidam, Unvermögen und Unmöglichkeit nach dem B.G.B. Jena 1900.

— Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des B.G.B. Iherings Jahrbücher Bd. 43.

Kohler, Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Vertrag und Uebergabe. 1900.

— Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Zivilrecht. Kauf einer fremden Sache, S. 250 ff.

Krug, Das unverschuldete Unvermögen zur Leistung. Inaugural-Dissertation 1901.

Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg, Iherings Jahrbücher, Bd. 19 S. 154 ff.

Leonhard, Dr. Franz, Vertretung beim Fahrniserwerb. 1899.

Leonhard, Prof. Dr. Rudolf, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

— Inwieweit ist die exceptio rei venditae et traditae ein für das heutige gemeine Recht lebensfähiges Institut. Iherings Jahrbücher Bd. 17.

Leist, Manzipation und Eigentumstradition. Jena 1865.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1888.

Müller, Die Lehre des römischen Rechts von der Eviktion. 1851.

Oertmann, Recht des Schuldverhältnisses. 1892.

Pernice, Kritische Beiträge zur Lehre von den Rechtsgeschäften. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 25. Bd. S. 77 ff.

Petri, Die Gewährleistung für Mängel im Recht beim Sach-Kauf nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Inaugural-Dissertation Strassburg 1899.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz. 1899.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B.G.B.

Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Recht. Erster Teil, Leipzig 1902.

Rawitscher, Der Inhalt der Haftung des Verkäufers nach deutschem bürgerlichem Recht. Inaugural-Dissertation Breslau 1901.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. 1902.

Romeik, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Jahrbücher für die Württembergische Rechtspflege, Bd. 12 S. 89 ff. (1900.)

— Rechtsnachfolge. Stuttgart 1904.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Schlossmann, Der Vertrag. Leipzig 1876.

Schöller, Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B.G.B.

— Gruchots Beiträge Bd. 44 S. 603 ff.

— Gruchots Beiträge Bd. 45 S. 511 ff.

— Gruchots Beiträge Bd. 46 S. 1 ff.

Schollmeyer, Das Recht des Schuldverhältnisses in seinen allgemeinen Lehren. 1899. Jetzt 2. Auflage.

Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte, III. Aufl., S. 279 ff.

Sohm, Auflassung, Thöl, Festgabe, 1879, S. 98 ff.

— Recht der Eheschliessung, S. 79.

Stintzing, Das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Umcapionslehre. Heidelberg 1852.

Strohal, Iherings Jahrbücher, Bd. 27 S. 335 ff.

Thibaut, System des Pandektenrechts. Jena 1846.

Thiele, Laudatio auctoris im römischen Recht. Inaugural-Dissertation Breslau 1900.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung. 1900.

Voigt, Ueber die condictiones ob causam und über causa und titulus im allgemeinen.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Auflage, 1900.

Inhaltsübersicht.

Seite

I. Abschnitt.

Die Verpflichtung des Verkäufers zur Uebertragung des Eigentums nach römischem Recht.

§ 1. Der Kauf als iusta causa des Eigentumserwerbs 9
§ 2. War der Verkäufer zur Verschaffung des Eigentums verpflichtet? 14
1. War der Verkäufer zur Uebertragung des ihm zustehenden Eigentums verpflichtet? 14
2. War der Verkäufer zur Vornahme der Eigentumsübertragungshandlung, d. h. zur Erfüllung der Formen verpflichtet, an die die Rechtsordnung den Uebergang des Eigentums knüpft? 15
3. War der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer das unbeschränkte Eigentum schlechthin zu verschaffen? 21

II. Abschnitt.

Die Verpflichtung des Verkäufers zur Uebertragung des Eigentums nach altem deutschem Recht . . 24

III. Abschnitt.

Die Verpflichtung des Verkäufers zur Verschaffung des Eigentums nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 1. Der Kauf als Grundlage des Eigentumserwerbs 26
§ 2. Die Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums als ein Teil der Verkäuferverbindlichkeit 28
§ 3. Liegt bei dem Verkauf einer fremden Sache ein schuldnerisches Unvermögen zur Leistung vor? 30
§ 4. Liegt bei dem Eintritt des Rechtsmangels nach Kaufabschluss ein nachträgliches Unvermögen zur Leistung vor? 35
§ 5. Welche Rechte stehen dem Käufer gegen den Verkäufer wegen Nichtverschaffung des Eigentums zu? 37
§ 6. Die Sonderregelung des Gewährleistungsanspruches bei beweglichen Sachen 44

I. Abschnitt.

Die Verpflichtung des Verkäufers zur Uebertragung des Eigentums nach römischem Recht.

---

§ 1.

Der Kauf als iusta causa des Eigentumserwerbs.

Der Kauf ist die wichtigste causa des Eigentumserwerbs. Bei Aufzählung der causae, die der eigentumsübertragenden Tradition zugrunde liegen, wird er wiederholt in den Quellen an erster Stelle genannt. Paulus 31, pr. D. 41, 1:

> Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. (Vgl. auch § 41 J. II, 1.)

Der Kauf ist ferner im römischen Recht nicht nur als Ursache und Grundlage für den Eigentumserwerb anerkannt, er zieht vielmehr auch im Zeitpunkte seiner Erfüllung für den Regelfall, nämlich dann, wenn der Verkäufer Eigentümer war, den Eigentumsübergang nach sich. Dies wird unzweideutig durch die l. 11 § 2 D. 19, 1 zum Ausdruck gebracht.

> Ulpianus et inprimis ipsam rem praestare venditorem oportet, it est tradere quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo praetium est numeratum aut eo nomine satis factum. Emptor autem nummos venditoris facere cogitur.

Diese Stelle scheint die Annahme zu rechtfertigen, dass auch nach römischem Recht den Zweck des Kaufs schlechthin der Eigentumserwerb durch den Käufer bildete. So erblickt denn auch Jörs (Enzyklopädie Seite 139) den Zweck des Kaufes in dem abstrakten Eigentumserwerb durch den Käufer. Doch dürfte eine derartige Auffassung zu weit gehen. Nach römischem Recht sollten vielmehr durch den Kauf die dem Verkäufer zustehenden Rechte auf den Käufer übertragen werden;

d. h. also die rechtliche Stellung des Verkäufers auf den Käufer übergehen.

Seneca de Benef V, 10, 1:

> venditio alienatio est rei suaeque iurisque in ea sui ad alium translatio.

Der Zweck des römischen Kaufs war nach Senecas Definition nicht der Eigentumserwerb durch den Käufer, sondern die Uebertragung der Sache und des dem Verkäufer zustehenden Rechtes auf den Käufer.[1])

Und diesem Zweck entspricht auch die Regelung, die die emtio venditio in Hinsicht auf die Verkäuferverbindlichkeit im corpus iuris gefunden hat.

War nämlich der Verkäufer Eigentümer der Kaufsache, so erlangte auch der Käufer durch ihre Uebergabe das Eigentum. Wurde hingegen von den Parteien vereinbart, dass bei der Erfüllung das Eigentum nicht auf den Käufer übergehen solle, so verlor durch eine derartige Vereinbarung der Vertrag den Charakter eines Kaufgeschäftes, da hiermit die wesentlichste Zweckbestimmung des Kaufes — der Eigentumsübergang — von vornherein ausgeschaltet wurde.

Labeo l. 80 § 3 D. 18, 1:

> Nemo potest videri eam rem venditisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus.

Konnte aber der Verkäufer die Sache nicht übergeben, weil sie sich in Händen eines Dritten befand, so musste er den Käufer wenigstens alle ihm gegen Dritte zustehenden Vindikationsansprüche abtreten.

Gaius l. 35 § 4 D. 18, 1:

> Unde videbimus in personam eius, qui alienam rem vendiderit: Cum is nullam vindicationem aut condictionem habere possit, ob id ipsum damnandus est quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emptorem transferre. (Vgl. Ulpianus l. 14 pr. D. 47, 2.)

Während also der Käufer in die rechtliche Stellung einrücken will, die der Verkäufer der Kaufsache gegenüber einnahm, bildet den Gegenstand der „Dare-Stipulation“ der abstrakte Eigentumserwerb.

---

[1]) Ebenso anscheinend Bechmann I S. 64 ff., anders hingegen I S. 546.

> Concessum est stipulari rem, quae promissoris non sit. (Paulus l. 15 § 3 D. 41, 3.)

Die Verpflichtung des Schuldners aus der Stipulation besteht hiernach nicht darin, dem Gläubiger „sein" Eigentum zu übertragen, sondern das Eigentum schlechthin zu verschaffen, also auch dann, wenn es ihm selbst nicht zusteht.

> Qui vendidit, necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur, qui fundum stipulanti spopondit. (Ulpianus l. 25 D. 181.)

Die Kenntnis des Rechtsmangels auf seiten des Schuldners verschärft infolgedessen ebensowenig seine Haftung, wie die Kenntnis auf seiten des Gläubigers den Schuldner von seiner Haftung befreit.

In jedem Falle kommt der Schuldner nur dann seiner Verpflichtung nach, wenn er den Gläubiger zum Eigentümer macht.

Anders hingegen die Regelung beim Kauf!

Kennt der Käufer den Rechtsmangel, weiss er also, dass er durch die Erfüllung des Kaufes nicht das Eigentum an der Kaufsache erlangen wird, so kann er später darauf, dass ihm die Sache durch den berechtigten Dritten evinziert wird, keinerlei Ansprüche gegen den Verkäufer gründen:

> Severus et Antoninus L. 27 C. de evictionibus 8, 44. Si fundum sciens alienum vel obligatum comparavit Athenocles nec quiquam de evictione convenit, quod eo nomine dedit, contra iuris poscit rationem. Nam si ignorans, desiderio tuo iuris forma negantis hoc reddi refragatur.

Hat aber der Käufer beim Kaufabschluss von dem Rechtsmangel keine Kenntnis, so stellt sich nichtsdestoweniger die Gewährung des blossen Besitzes als vollständige Vertragserfüllung dar.

Der Gegensatz zwischen Kauf und Dare-Stipulation hat, wie noch des weiteren darzutun sein wird, die Regelung dieser beiden Rechtsgeschäfte bis ins einzelne beherrscht. Der Leitgedanke bei der Ausbildung dieses Gegensatzes mag aber wohl in folgendem zu finden sein:

> Die Stipulation verpflichet den Schuldner, den Gläubiger schlechthin zum Eigentümer zu machen. Der Umfang des dem Schuldner bei der Erfüllung zustehenden Rechtskomplexes steht bei Eingehung der

Verbindlichkeit noch nicht fest. Ob der Schuldner zur Eigentumsverschaffung imstande sein wird, ist bei Abschluss des Vertrages noch nicht ersichtlich. Der Verkäufer hingegen soll dem Käufer die Rechtsstellung verschaffen, in der er sich selbst bei der Begründung des Kaufgeschäfts befindet.

Entsteht nun ein Rechtsmangel erst nach Abschluss des Kaufes, so ist der Verkäufer wegen dieses „Futurus casus evictionis post contractam emtionem" nicht haftbar (Paulus l. 11 pr. D. 21, 2). Ist der Verkäufer andererseits erst zwischen Kaufabschluss und Uebergabe Eigentümer der Kaufsache geworden, so könnte er nach ius civile die Uebertragung des Eigentums verweigern, da durch dieselbe der Käufer ein plus an Rechtsstoff erlangen würde, auf das er nach dem Kaufvertrage keinen Anspruch hätte. Der Verkäufer sollte sich aber durch die Berufung hierauf seiner Verpflichtung nicht entziehen können und wurde daher durch den Prätor zur Erfüllung durch Uebergabe gezwungen. Das ist u. E. der Sinn der von Kohler[1]) wohl zu Unrecht auf den Fall bereits erfolgter Tradition bezogenen l. 46 D. 19, 1 (Paulus):

Si quis alienam rem vendiderit et medio tempore heres domino exstiterit, cogetur implere venditionem.[2])

Zwar ist der Kauf sowohl dem Wortlaute der Parteierklärungen nach, wie nach dem Inhalt der aus ihm erwachsenden Verbindlichkeiten streng obligatorischen Charakters. Da aber die Verwirklichung seines Endziels, die Uebertragung der Sache und Rechtsherrschaft nur noch von der Vornahme des naturalen Vollzugsaktes abhängt, so werden bereits an den Kaufabschluss einzelne Rechtsfolgen geknüpft, deren Eintritt somit auf die Vorwegnahme der Rechtswirkungen des Erfüllungsaktes zurückzuführen sind. Dies ist vor allem der römische Rechtssatz, dass der Käufer die Gefahr zu tragen hat; sodann die für den Kauf geltende Sondervorschrift, dass der Käufer für den Erwerb durch Ersitzung nicht nur zur Zeit der Tradition, sondern bereits beim Kaufabschluss sich in bona fide befunden haben

---

[1]) Kohler, Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und franz. Zivilrecht 1883 S. 237 (Kauf einer fremden Sache).

[2]) Man wird die Worte „medio tempore" wohl auch deshalb schwerlich auf die Zeit zwischen Uebergabe und Klageerhebung beziehen können, weil es wenig glaubhaft erscheint, dass der Prätor dem Käufer nach erfolgter . . . . Tradition angesichts des ihm gegenüber dem Verkäufer zustehenden Rechtsschutzes (der exceptio rei venditae et traditae und der actio Publiciana) den Anspruch auf Abschluss des dinglichen Vertrages einräumen wollte.

muss. Für die Dare-Stipulation hingegen kommt als Zeitpunkt für das Erfordernis der Bona fides nur der der Tradition in Betracht. Den Grund für diese abweichende Regelung hat Paulus in der l. 15 § 3 D. 41, 3 angegeben:

> Eius temporis existimationem nostram intuendam, quo traditur, quia concessum est stipulari rem etiam, quae promissoris non est.

Während der Käufer nämlich nur den Erwerb des Eigentums zu erwarten hat, wenn er bereits beim Kaufabschluss dem Verkäufer zusteht, ist bei der Stipulation die rechtliche Stellung des Schuldners zum Stipulationsobjekt zur Zeit des Vertragsabschlusses für den schliesslichen Erfolg der Erfüllung rechtlich unerheblich. Hat der Käufer zur Zeit des Kaufabschlusses von dem Rechtsmangel Kenntnis gehabt, sich jedoch zur Zeit der Tradition in dem Glauben befunden, dass der Verkäufer sich inzwischen das Eigentum verschafft habe, so erlangte die Erwartung des Käufers auf Eigentumserwerb in dem Ersitzungsbesitze keinen rechtlichen Schutz, da eben der gute Glauben für die Ersitzung bereits beim Kaufabschluss vorhanden sein muss. Dass ausserdem die bona fides für die Zeit der Tradition erfordert wurde, steht hiermit keineswegs in Widerspruch.

Stintzing[1]) erblickt in seiner Abhandlung über bona fides und titulus den Grund der Abweichung, den der Kauf und die Stipulatio in ihren Erfordernissen für die Ersitzung zeigen, darin, dass wohl die Stipulatio eine vollständige causa des Eigentumserwerbes darstelle, dass hingegen der Kauf den Verkäufer an sich nur zum habere licere praestare verpflichte und daher als causa, auf welche hin die Publiciana gewährt werden könne, nicht in Betracht komme.

Bekanntlich herrschte aber in der Wissenschaft über den Inhalt der Verkäuferverbindlichkeit des späteren römischen Rechtes lebhafter Streit. Die eine Richtung hält an der allgemein anerkannten Lehrmeinung fest, dass der Verkäufer aus der römischen entio venditio nur zur Verschaffung der tatsächlichen Herrschaft verpflichtet war. (So Dernburg, Pandekten § 34; Crome, System Bd. II S. 437; Puchta, Institutionen Bd. II S. 359.) Die andere Richtung hingegen (Eck, Bechmann, Kohler, Rabel) stellen für das spätere römische Recht den Grundsatz auf, dass der Verkäufer zur Verschaffung des Eigentums verpflichtet war.

---

[1]) Stintzing S. 113.

§ 2.

War der Verkäufer nach römischem Recht zur Verschaffung des Eigentums verpflichtet?

Die Verfechter der jüngeren Lehrmeinung, die in der Entwickelung des späteren Rechtes den Sieg des Eigentumsverschaffungsprinzipes zu erkennen glauben, gehen im einzelnen in unverkennbarer Weise in ihren Ansichten auseinander. Die Tatsache, dass der Ausbau der Lehre Unklarheiten und Missverständnisse gezeitigt hat, ist unseres Dafürhaltens im Wesentlichen darauf zurückzuführen, dass vier nach Umfang und Inhalt verschiedene Rechtssätze in der Fassung der „Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsübertragung“ ihren Ausdruck finden können. Folgende drei Fragen sind es, die nach unserer Ansicht voneinander zu scheiden sind.

1. Ist der Verkäufer zur Uebertragung des ihm zustehenden Eigentums verpflichtet?
2. Ist der Verkäufer zur Vornahme der Eigentumsübertragungshandlung, d. h. zur Erfüllung der Form verpflichtet, an die die Rechtsordnung den Uebergang des Eigentums knüpft?
3. Ist der Verkäufer zwar nicht zur Eigentumsverschaffung, wohl aber zur Haftung für alle Vorteile einer Eigentümerstellung, insbesondere für den ungestörten Besitz der Kaufsache verpflichtet, oder besteht seine Verpflichtung vielmehr darin, dem Käufer das unbeschränkte Eigentum an der Sache zu verschaffen?

1. Bei dem Manzipationskauf war der Verkäufer der res mancipi zur Manzipation verpflichtet und übertrug durch die Vornahme des Formalaktes zweifellos seine Rechte an der Sache auf den Käufer.

Bedeutung konnte die Frage, ob der Verkäufer trotz der Uebergabe der Sache dem Käufer gegenüber sich bei Unterbleiben des Eigentumsüberganges auf das ihm verbliebene Eigentum stützen und die Sache zurückfordern konnte, nur für den durch blossen Konsens zustande gekommenen Kauf haben. Als Schutzmittel, um dieser mit der Verkehrssicherheit unverträglichen Möglichkeit vorzubeugen, diente offenbar in älterer

Zeit die Stipulatio habere licere.[1]) Als denn nach dem ius praetorium jedem Käufer die actio Publiciana und die exceptio rei venditae et traditae zustand, konnte die Verpflichtung des Verkäufers zur Einräumung seiner Verfügungsmacht über die Kaufsache nicht mehr von der früheren praktischen Bedeutung sein. (Vgl. hierzu R. Leonhard, Iherings Jahrb. Bd. 17 Nr. 6.)

2. Für das spätere römische Recht haben einzelne Schriftsteller, wie Kohler[2]) und Rabel[3]) es für selbstverständlich erachtet, dass die Tradition der Kaufsache durch den Verkäufer mit dem animus domini transferendi erfolgen musste.

Diese Ansicht scheint auch in den bereits zitierten l. 11 § 2 D. 19, 1. und l. 80 § 3 D. 18, 1 ihre quellenmässige Bestätigung zu finden, da einerseits die Erfüllung des Kaufs durch den verfügungsberechtigten Verkäufer den Käufer zum Eigentümer macht, und andererseits die Vereinbarung, dass das Eigentum nicht vom Verkäufer auf den Käufer übergehen solle, dem Vertrage den Charakter eines Kaufgeschäftes nimmt.

Einer derartigen Annahme steht aber entgegen, dass in zahlreichen Pandekten-Stellen (insbesondere der l. 25 D. 18, 1, l. 30 § 1, D. 19, 1, l. 1 pr. D. 19, 4) der Inhalt der Verkäuferverbindlichkeit auf die „praestatio rei", auf das „habere licere praestatio" beschränkt wird.

Der hierin liegende scheinbare Widerspruch findet u. E. darin seine Lösung, dass nach römischem Recht für den Uebergang des Eigentums bei der Tradition auf seiten des Verkäufers ein besonderer animus domini transferendi nicht erfordert wurde.

Das Erfordernis eines besonderen animus dominii transferendi oder accipiendi wird bei der Tradition auf Grund des Kaufes, wie bereits Bernhöft hervorgehoben hat, in den Quellen nirgends erwähnt. (Bernhöft, Iherings Jahrb. Bd. 14 S. 89 ff.) Gegen die Annahme eines besonderen Uebereignungs- und Erwerbswillens spricht sogar direkt der Sprachgebrauch der Quellen: Die l. 80 § 3 D. 18, 1 umschreibt eine Vereinbarung des Inhalts, dass der Verkäufer den Käufer nicht zum Eigen-

---

[1]) Ueber die historische und dogmatisch-rechtliche Bedeutung der Stipulation habere licere herrscht in der Wissenschaft lebhafter Streit. Doch dürfte Rabels trefflichen Ausführungen zuzustimmen sein, der der stipulatio eine vermittelnde Stellung zwischen der actio auctoritatis und der stipulatio duplae zuweist. (Rabel S. 30ff.; a. M. hingegen Girard, Nouvelle revue hist. 1884 S. 430ff., 435, ebenda 1883 S. 562.)

[2]) Kohler, Zwölf Studien S. 247.

[3]) Rabel S. 89.

tümer machen solle, mit den Worten „de cuius dominio id agitur, ne ad emtorem transeat“. Wenn nun der Eigentumsübergang tatsächlich von dem Vorhandensein eines besonderen Uebereignungswillens abhängig wäre, so würde doch der Gegenstand der Vereinbarung die Berechtigung des Verkäufers bilden, den Uebereignungsakt später zu unterlassen. (Der Gewährerlass für Mängel im Recht, das pactum de non praestanda evictione war bekanntlich auch im römischen Recht zulässig.) Ein Jurist wie Labeo hätte es dann aber schwerlich verabsäumt, den Inhalt der Vereinbarung durch einen transitiven Ausdruck, wie etwa das naheliegende transferre, wiederzugeben. Die Wahl des intransitiven Verbums transire ist u. E. nur darauf zurückzuführen, dass bei Erfüllung des Kaufs durch die Sachübergabe das Eigentum kraft Gesetzes auf den Käufer überging. Die l. 9 § 5 D. 41, 1 und die l. 21 § 1 D. 41, 1 ferner bringen denselben Rechtsgedanken, die Gleichstellung der brevi manu traditio mit der Sachübergabe hinsichtlich der Rechtswirkung des Eigentumsüberganges, zum Ausdruck. Da aber in der l. 9 § 5 D. 41, 1 der brevi manu traditio ein Kaufgeschäft zugrunde liegt, wird der Eigentumserwerb in dieser Stelle lediglich auf den Willen des Verkäufers, dass die Kaufsache fortan ex causa emtionis bei dem Käufer bleiben solle, zurückgeführt; während in dem abstrakten Veräusserungsgeschäft der l. 21 § 1 D. 41, 1 der Wille des Verkäufers als Ursache des Eigentumsüberganges bezeichnet wird.

Die l. 11 § 2 D. 19, 1 setzt in ihren Anfangsworten „et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere“ zunächst das zur Erfüllung des Kaufes erfolgende „tradere rem praestare“, der Sachleistung gleich, und erklärt sodann durch die Worte „quae res facit et emtorem dominum“ den Naturalakt für geeignet, den Käufer zum Eigentümer zu machen. Nicht der Wille der Parteien also ist es, nicht auch die traditio als Materialakt, d. h. als eine den dinglichen Vertrag umfassende konkludente Handlung, ist es, die den Eigentumsübergang bewirkt, sondern der in Rücksicht auf den Kauf erfolgende Vollzugsakt der Sachübergabe. Von Neueren ist es besonders Chlamtacz,[1]) der die herrschende Ansicht von der Vertragsnatur

[1]) Chlamtacz, Die rechtliche Natur des Uebereignungsaktes durch Tradition im römischen Recht. Selbst Bechmann giebt zu, dass im älteren römischen Recht die traditio einen reinen Naturalakt dargestellt zu haben scheint. Bechmann, Der Kauf I S. 293. Nach Pernice wurde die Tradition nicht als ein Vertrag, sondern als ein einseitiges naturelles Rechtsgeschäft angesehen, dessen Charakter wesentlich durch den Willen des Tradenten bestimmt wurde. Pernice, Zur Lehre von den Rechtsgeschäften S. 109.

des Uebereignungsaktes einer eingehenden Kritik unterzogen hat. Er kommt zu dem Schlusse, dass die sogenannte materielle Tradition als ein zusammengesetzter Akt aufzufassen sei, dessen Elemente der Uebereignungswille des Tradenten und der Besitzerwerb des Empfängers bilden. Während somit Chlamtacz einerseits an dem Erfordernis des animus dominii transferendi auch für den Kauf festhält, ist er andererseits u. E. insofern zu weit gegangen, als er allgemein die Vertragsnatur des Uebereignungsaktes leugnet.

Ueberall nämlich, wo die Tradition nicht die blosse Erfüllung eines als causa des Eigentumsüberganges anerkannten Rechtsgeschäftes darstellte, wo insbesondere die Uebereignung obligandi causa — wie beim Darlehn — erfolgte, wo ferner das Vorliegen eines besonderen auf Solution gerichteten Willens der Parteien nicht zu verkennen war — wie bei der datio pecuniae des Käufers — wo endlich der vermittelnde Wille des Stellvertreters dem Uebereignungsakte eine gewisse Selbständigkeit verlieh (J. II, 1 § 40, l. 37 § 6 D. 41, 1), bewirkte auch im römischen Recht ein dinglicher Vertrag, oder wenigstens der übereinstimmende Wille der Parteien, den Eigentumsübergang. Von Interesse erscheint hier insbesondere die bekannte l. 36 D. 41, 1 (Julianus):

> Cum in corpus quidem quod traditur consentianus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat propietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.

Julianus bringt in dieser Stelle die Uebereignung auf Grund der causae praecedentes — der Stipulatio und des Damnationslegates — in einen gewissen Gegensatz zu der zum Zweck der Begründung eines Darlehnsgeschäftes oder in Schenkungsabsicht erfolgenden Tradition. Während er die Behauptung, dass trotz des Dissenses über das der Uebereignung zugrunde liegende Rechtsgeschäft das Eigentum übergehe, nur als seine persönliche Ansicht aufstellt, führt er in den Worten „nam et . . . constat“ als Belege für diese seine Ansicht die „bereits feststehende“ Rechtsregel[1]) an, dass der Irrtum über den Zweck der Eigen-

[1]) Ulpian vertritt allerdings anscheinend in der l. 18 D. 12, 1 die entgegengesetzte Ansicht. Es erübrigt sich aber, hier auf diese berühmte Kontro-

tumshingabe auf den Erfolg des Eigentumsüberganges ohne Einfluss sei.

Es scheint weiter schwerlich ein blosser Zufall zu sein, dass weder hier noch an irgend einer anderen Stelle in den Quellen, wo der animus domini transferendi oder accipiendi in Hinsicht auf die Notwendigkeit ihrer Existenz oder auf ihre Wirkung erörtert werden, der Kauf als typisches Beispiel gewählt wird.

Die Römer haben eben offensichtlich neben jedem Allgemeinbegriff der causa, der sowohl Ursache wie Zweck bezeichnet, jenen oben erörterten spezifischen Ausdruck der iusta causa praecidens des Eigentumsüberganges gekannt. Die nuda traditio, der reine Naturalakt der Sachübergabe, war nur dann imstande, den Eigentumsübergang herbeizuführen, wenn er zum Zwecke der Erfüllung eines Kaufgeschäftes, einer dos oder einer ähnlichen causa erfolgte. Wurde jedoch die Eigentumsübertragung durch einen besonderen Uebereignungswillen der Parteien bewirkt, so genügte grundsätzlich nicht das nudum factum, es musste vielmehr die Sachübergabe hinzutreten:[1])

> Dominia rerum non nudis pactis transferundum. (C. 20, C. 20, 3.)
>
> Nunquam nuda traditio transfert dominium sed ita si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. (Paulus l. 31 D. 41, 1.)

In der letzteren Stelle ist ausdrücklich von der nuda traditio im Gegensatz zu der traditio als Materialakt die Rede; die nuda traditio diente aber, wie gerade Exner[2]) hervorhebt, in den Quellen als Bezeichnung für das „Hingeben schlechthin" für die Uebergabe ohne dinglichen Vertrag.

Eine besonders beweiskräftige Stelle für unsere Ansicht bietet endlich die l. 9 § 4 D. 226.

---

verse über die abstrakte Natur des dinglichen Vertrages näher einzugehen. (Vgl. hierzu auch Chlamtacz S. 93, 94.)

[1]) Mit dem Hinzutreten unserer Auffassung lässt sich somit auch die l. 55 D. 447, 7 vereinigen (vgl. über diese Stelle auch Chlamtacz S. 27 ff.). Die hier vertretene Ansicht bedeutet auch nicht etwa eine Rückkehr zu der überwundenen Lehre vom titulus und modus acquirendi (vgl. Gesterding S. 121, Tibo S. 222, Vogt S. 126), denn da, wo ein besonderer Uebereignungsakt hervortritt, verlangen auch wir nicht einen besonderen titulus, während wir da, wo wir der causa eine besondere Bedeutung beilegen, gerade die Existenz und Notwendigkeit eines besonderen Uebereignungswillens leugnen.

[2]) Exner S. 322.

Paulus:

> Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis, et ideo tam et si existimet, se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur.

Es ist in dieser Stelle nicht, wie allgemein angenommen wird, von der „existimatio" des Käufers zur Zeit der Tradition, sondern zur Zeit des Kaufabschlusses die Rede. (Vgl. hingegen Bechmann Bd. II S. 21; Kohler, Iherings Jahrb. Bd. 18 S. 136ff.; Ihering, Iherings Jahrb. Bd. 2 S. 156ff.)

Erscheint der Kauf an sich geeignet, im Vollzugsstadium den Erwerb des Eigentümers durch den Käufer herbeizuführen, d. h. also, wird eine Sache durch den Eigentümer verkauft, so wird durch die entgegengesetzte Erwartung des Käufers an dem Erfolge der Tradition nichts geändert.

Ihering (Iherings Jahrb. Bd. 2 S. 156ff.) sucht den in der Stelle zum Ausdruck gebrachten Rechtsgedanken „plus est in re, quam in existimatione" dahin zu deuten, dass der Wille des Erwerbers sich auf den abstrakten Akt, und nicht auf die konkrete Wirkung richte; das Eigentum des Tradenten gehe über, wenn auch der Erwerber oder der Veräusserer es selbst nicht kannte. Die von Ihering angezogenen Quellenstellen sind aber als Belege für seine Ansicht nicht anzuerkennen. Die l. 9 § 4 D. 22, 6 bezieht sich nur auf den Irrtum des Käufers über das Eigentum des Verkäufers. Die l. 4 § 1 D. 40, 2 behandelt nur den Fall einer manumissio durch den Eigentümer, der sich selbst für einen Nichteigentümer hält; eine Verallgemeinerung dieses Falles erscheint aber schon deswegen als unzulässig, weil die manumissio einen Rechtsakt darstellte, der sich auf den status des Freigelassenen bezog, bei dem also gewisse öffentliche Interessen mitspielten.

Auch die von Ihering ferner zitierten 11 J. de leg. 2, 20, wie l. 81 § 6 D. de leg. I stützen m. E. seine Auffassung nicht.

Sie lauten:

> Si quis rem suam quasi alienam leg averit, valet legatum; nam plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione. sed et si legatarii putavit, valere constat, quia exitum voluntas defuncti potest habere (§ 11 J. de leg. 2, 20)

und Julianus:

> Si Titius, cui Stichus legatus fuerat, autequam sciret ad se legatum pertinere, decesserit et eundem Seiv

legaverit et heres Titii legatum non repudiaverit (l. 81 § 6 D. de leg. I).

Beide Stellen bringen nur zum Ausdruck, dass die irrige Meinung des Erblassers, er habe eine fremde Sache vermacht, die Wirksamkeit des Legates nicht beeinträchtigen kann.

Nach römischem Recht war das Vermächtnis einer fremden Sache unbestritten gültig. (§ 4 J. II, 20.)

Wenn nun die beiden zitierten Stellen noch ausdrücklich die Wirksamkeit des Legates einer nur vermeintlich fremden Sache feststellen, so kann hieraus jedenfalls nichts auf die Rechtsnatur des Eigentumsübertragungswillens gefolgert werden.

Dass aber da, wo der animus dominii transferendi eine Voraussetzung des Eigentumsüberganges bildete, nicht der abstrakte Veräusserungswille, wie Ihering meint, sondern die Willenserklärung ihrem konkreten Gehalte nach als massgebend für die Rechtswirkung des Uebereignungsaktes angesehen wurde, erhellt u. E. in kaum zu widerlegender Weise aus der l. 35 D. 41, 1 und der l. 15 § 2 D. 18, 1. Wenn hiernach jemand seine eigene Sache als eine vermeintlich fremde, infolge eines Auftrages veräussert, so geht das Eigentum nicht auf den Empfänger über. Obwohl hier doch der Veräusserer offensichtlich die abstrakte Wirkung des Eigentumserwerbs durch den Empfänger herbeiführen will, so verbleibt ihm trotzdem das Eigentum, weil er nämlich nicht den Willen habe, das ihm zustehende Recht, sondern das Recht seines Mandanten auf den Dritten zu übertragen.

In der erwähnten l. 9 § 4 D. 22, 6 andererseits steht der Wille des Käufers, wie aus den Worten „existimet se non a domino emere" hervorgeht, nicht nur dem Eigentumsübergang indifferent gegenüber, der Käufer wird vielmehr bei Abschluss des Kaufes und bei der Tradition geradezu von dem Gedanken geleitet, eine fremde Sache zu erhalten, und hat somit auch nicht den Willen, mit dem Besitz die übergebene Sache zu eigen zu erwerben.[1])

---

[1]) Exner (S. 284 Anm. 97) sucht die Stelle mit der Theorie vom dinglichen Vertrage dadurch in Einklang zu bringen, dass er auf seiten des Erwerbers nur den animus rem sibi habendi für erforderlich erklärt; es genüge zum Eigentumserwerb der nur auf Erlangen des Publizianischen Rechts gerichtete Wille. Erstens läuft ein derartiges Zugeständnis im Grunde genommen auf eine Preisgabe der Lehre vom dinglichen Vertrage hinaus. Zweitens lässt sich unsere Stelle auch mit der so modifizierten Lehre nicht vereinigen, weil die mala fides des Käufers die actio Publiciana ausschliesst und der Käufer in der l. 9 § 4 D. 22, 6 somit nicht einmal das publizianische Recht zu erwerben erwartet.

Leonhard wirft hier[1]) die Frage auf, ob nicht vielleicht der Wille als in eventum auf den Eigentumsübergang gerichtet aufgefasst werden könnte. Dass die Gedankenvorstellung, die den Käufer und Verkäufer bei dem Traditionsakte beherrschte, in der Regel sehr wohl den Erfordernissen der modernen „Willenseinigung" entsprochen haben wird, wird zugegeben werden müssen. Hiervon ist aber die Frage nach der rechtlichen Gestalt zu scheiden, die dem einzelnen Rechtsgeschäft in dem geltenden Rechtssysteme zukommt. Und in dieser Hinsicht dürften wir nachgewiesen haben, dass das römische Recht zwar in der Tradition auf Grund einer Stipulatio, nicht aber auf Grund der emtio venditio einen besonderen Willenseinigungsakt erblickte.

Erfolgte aber der Eigentumsübergang bei dem römischen Konsensualkauf ohne einen besonderen Uebereignungsakt, so konnte durch die emtio venditio eine Pflicht des Verkäufers zur Vornahme des Uebereignungsaktes nicht begründet werden.

Hiermit wird auch die Ansicht von Bechmann[2]) und Kohler abgelehnt,[3]) dass der Verkäufer ohne Rücksicht darauf, ob ihm das Eigentum an der Kaufsache zustand, zur Vornahme der Eigentumsübertragungshandlungen verpflichtet war.

3. Die dritte Bedeutung, die der Eigentumsübertragungspflicht beigelegt werden kann, hat u. E. Eck[4]) zur Formulierung seiner These veranlasst, dass nach späterem römischen Recht der Verkäufer zur Gewährung des Eigentums verpflichtet war.

Denn seine Ausführungen, die der Theorie über den Inhalt der Verkäuferverbindlichkeit des römischen Rechts neue Wege gewiesen haben, erschöpfen sich für den Konsensualkauf in dem Nachweis, dass der Käufer nicht nur den Besitz der Sache zu gewähren hatte, sondern darüber hinaus unter gewissen Umständen für das Interesse haftete, welches der Käufer an der Erlangung des Eigentums hatte.

Man wird Eck darin zustimmen müssen, dass die römische Rechtsentwicklung eine Stärkung der Rechte des Käufers in dieser Richtung erkennen lässt.

Solange aber der römische Käufer trotz Tradition einer fremden Sache nicht mit der Erfüllungsklage auf Uebereignung

---

[1]) In mündlicher Unterredung mit dem Verfasser.

[2]) Bechmann, Geschichte des Kaufs im römischen Recht Bd. I S. 546, Bd. II S. 3 ff.

[3]) Kohler, Gesammelte Abhandlungen im gemeinen und französischen Zivilrecht S. 278 ff.

[4]) Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums S. 43; Holtzendorffs Rechtslexikon 3. Auflage IV S. 439.

bestehen konnte, solange er wegen des Rechtsmangels die Zahlung des Kaufpreises nicht verweigern durfte, solange konnte von einer Verpflichtung des Verkäufers zur Verschaffung des Eigentums nicht die Rede sein. Und dass die genannten Befugnisse auch in dem späteren römischen Recht dem Käufer nicht zustanden, ist ausser Streit. Der Rechtsmangel an sich gewährte dem Käufer keinerlei Gewährleistungsanspruch gegen den Verkäufer.

So ist es dann verständlich, dass noch Ulpianus mit aller Bestimmtheit erklären konnte:

> Qui vendidit, necesse non habet, fundum emptoris facere, ut cogitur, qui fundum stipulanti spopondit. l. 25 D. 18, 1.

Hielt sonach das römische Recht an dem Eviktionssystem fest, so darf andererseits nicht verkannt werden, dass gewisse Eigentümlichkeiten des alten römischen Prozessrechtes dem Käufer einer fremden Sache hinreichend Rechtsschutz gegenüber den Angriffen des wahren Eigentümers gewährten.[1])

Zunächst hatte der Mangel der Naturalexekution zur Folge, dass der Käufer trotz Kondemnation sich im Besitze der Sache erhalten konnte.

Ferner aber scheint das Institut der Laudatio auctoris dem Käufer die Möglichkeit gegeben zu haben, den Prozess auf den Verkäufer abzuwälzen. Wie Thiele unter Berufung auf die l. 63 D. 42, 1 zuerst dargelegt hat, fiel nämlich im älteren römischen Recht der Laudatio auctoris eine von der Aufgabe der litis denuntiatio wohl zu unterscheidende Rolle zu.

Modestinus:

> Gaia Seia fundum a Lucio Titio emerat et quaestione mota fisci nomine auctorem laudaverat et evictione secuta fundus ablatus et fisco adiudicatus est venditore praesente: quaeritur, cum emptrix non provocaverat, an venditorem poterit convenire. Herennius Modestinus respondit, sive, quod alienus fuit cum veniret, sive quod tunc obligatus, evictus est, nihil proponi, cur emptrici adversus venditorem actio non competat (l. 63 D. 42, 1).

War der Auctor mittels der litis denuntiatio (unserer „Streitverkündung") von dem anhängigen Prozesse benachrichtigt und

---

[1]) Dass die Verpflichtung des römischen Verkäufers zur defensio in ihrem wesentlichen Gehalte der germanischen Gewährentziehung gleichzustellen ist, dafür hat Rabel den überzeugenden Nachweis erbracht. (Rabel, Die Haftung des Verkäufers S. 14 ff.)

an Gerichtsstelle erschienen, so kam erst jetzt die laudatio auctoris zur Anwendung, indem der Sukzessor den Auctor zum Beistande aufforderte. Erklärte nun der Verkäufer hierauf „auctor sum“, so wurde er zur Uebernahme des Prozesses verpflichtet.

Die Tatsache, dass auch im späteren römischen Recht das Eviktionssystem bei dem Konsensualkauf in Herrschaft blieb, findet u. E. darin seine Erklärung, dass die Römer die Dare-Stipulation kannten, die als abstraktes Veräusserungsgeschäft den wirtschaftlichen Zwecken eines Kaufgeschäftes dienstbar gemacht wurde. Die emtio venditio hat sich, wie bereits dargetan, im offensichtlichen Gegensatz zu der Dare-Stipulatio entwickelt; und die Erkenntnis und Betonung dieses Gegensatzes hat zur Anstellung des Dogmas von der Beschränkung der Verkäuferverbindlichkeit auf das habere licere praestare geführt — einem Dogma, an dem man auch in späterer römischer Kaiserzeit nicht zu rütteln wagte, ja, das man sogar mit einer gewissen Eitelkeit als ein spezifisches Gebilde des römischen Rechtsgeistes auszubilden trachtete. (Vgl. Ulpianus l. 25 D. 18, 1: „qui vendidit necesse non habet fundum emtoris facere, ut cogitur, qui fundum stipulanti spopondit“. Ferner Africanus l. 30, 1 D. 19, 1: „quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emtori habere liceat, non etiam, ut eius faciat“. Paulus l. 1 pr. D. 19, 4: „emtor enim, nisi nummos accipientos fecerit, teneri ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet.)

II. Abschnitt.

Die Verpflichtung des Verkäufers zur Uebertragung des Eigentums nach altdeutschem Recht.

Die Fragestellung, die das römische Recht angesichts der scharfen Scheidung zwischen dinglichem und obligatorischem Recht zur Klarlegung des Wesens der Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers ermöglicht, verbietet sich bei Erörterung des Rechtsstandes des alten deutschen Rechtes von selbst.

Zwar entbehrt sicherlich die von Sohm[1]) vertretene Lehre, dass die bewegliche Sache im alten deutschen Recht des echten Eigentums unfähig war, der inneren Begründetheit.

Mit Recht hebt ihr gegenüber Hermann[2]) (Gierke, Untersuchungen Heft 2 S. 20) hervor, dass man ein empirisches Bewusstsein von der Dinglichkeit des Eigentums längst gehabt hat, bevor die Logik den Begriff „Eigentum" analysierte.

Andererseits ist aber nicht zu verkennen, dass das altdeutsche Recht zu einer scharfen Prägung der Begriffe nicht gelangt ist und sich daher nicht in das Schema römischer Begriffe einfügen lässt. (Vergleiche: Planck, Recht zur Beweisführung, Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 10 S. 105.)

Die rechtliche Bedeutung des altdeutschen Eigentums und der rechtlichen Gewere ist bekanntlich schwer umstritten.

Wie meist, so liegt auch bei der Lehre über den Inhalt der Verkäuferverbindlichkeit das Schwergewicht in der Darstellung der konkreten Folgen der Rechtsverletzung.

Der Verkäufer hatte auf Ladung des Käufers zu erscheinen, sich zur Auktorschaft zu bekennen und die Verteidigung zu übernehmen, worauf das Verfahren sich allein gegen den Gewährsmann richtete. (Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. II S. 515.) In einem Punkte freilich geht das altdeutsche Recht

---

[1]) Auflassung S. 106.

[2]) Die Grundelemente der altgermanischen Mobiliarvindikation.

über den römischen Konsensualkauf hinaus: der Verkäufer war, gleichgültig ob er Eigentümer oder nicht, verpflichtet, den Formalakt, durch den der Eigentumsübergang bedingt war, vorzunehmen. (Rabel S. 197.) Der von Amira[1]) und Brunner[2]) aufgestellten Lehrmeinung aber, dass das altdeutsche Recht den Verkäufer, ungleich dem römischen Recht, zur Verschaffung des abstrakten Eigentums verpflichtet habe, ist nicht beizutreten. (Vgl. Rabel S. 197 ff.) Der deutsche Käufer musste es, wie der römische, auf die Entwehrung ankommen lassen, er konnte sich nur dann wegen des Rechtsmangels an diesen halten, wenn ihn der von ihm geladene Verkäufer in dem angesetzten Termine nicht erfolgreich verteidigte. (Vgl. Rabel S. 200.) Die Verschaffung des Eigentums als solches stellte somit im altdeutschen Recht wie im römischen nicht einen Teil des Inhalts der Verkäuferverbindlichkeit dar.

---

[1]) Nordgermanisches Obligationenrecht I S. 562 ff.

[2]) Jenenser Literaturzeitung III 1879 S. 410.

III. Abschnitt.

Die Verpflichtung des Verkäufers zur Verschaffung des Eigentums nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 1.

Der Kauf als Grundlage des Eigentumserwerbs.

Nach § 433 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. In § 433 B.G.B. wird des weiteren jeder Zweifel über den Umfang der Eigentumsverschaffungspflicht durch die Bestimmung ausgeschlossen, dass der Verkäufer den Kaufgegenstand frei von Rechten zu übereignen hat, die von dem Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können. Nur mit der Verschaffung des unbeschränkten Eigentums also kommt der Verkäufer seiner Verpflichtung nach. In § 435 B.G.B. wird weiter bestimmt, dass der Verkäufer auch nicht bestehende, aber im Grundbuch noch eingetragene Rechte zur Löschung zu bringen hat, wenn sie im Falle ihres Bestehens das dem Käufer zu verschaffende Recht beeinträchtigen würden.

Indem das Gesetz aber der Beseitigung dieses rein formell bestehenden Grundbuchrechtes als eine besondere Verpflichtung des Verkäufers aufführt, weist es mittelbar darauf hin, dass die Verpflichtung des Verkäufers zur Verschaffung des unbeschränkten Eigentums sich in zwei Verbindlichkeiten, nämlich in die Verpflichtung zur Vornahme der Eigentumsübertragungshandlung und die Beseitigung aller dem unbeschränkten Eigentumserwerb entgegenstehenden Rechte auflösen lässt. Da der Verkäufer dem Käufer nämlich ausser im Falle der §§ 892, 932 B.G.B. nur dann das Eigentum verschafft, wenn er bei Erfüllung der in §§ 873, 925, 929 B.G.B. als Voraussetzung des Eigentumsüberganges vorgeschriebenen Formen selbst Eigentümer ist, so ist der Käufer vor Entgegennahme der Eigentumsübertragungserklärung berechtigt, von dem Verkäufer zu verlangen, dass dieser

zunächst sich selbst das unbeschränkte Eigentum verschaffe, oder wenigstens die Zustimmung des Berechtigten zu der Veräusserung erwirke, d. h. also jeden Rechtsmangel, der gegen den Käufer geltend gemacht werden kann, beseitige.[1])

Dies gilt in Rücksicht auf § 40 der Grundbuchordnung insbesondere für Grundstücke, da die Eintragung nur dann vorgenommen werden soll, wenn bereits der Veräusserer als Eigentümer eingetragen war. Der Käufer eines Grundstücks kann demnach seine Klage gegen den Verkäufer nicht nur auf Auflassung, sondern auch auf die Beseitigung etwaiger durch den Käufer nachweisbarer Rechtsmängel richten.

Erlangt der Käufer aber andererseits auf Grund der Eigentumsübertragungshandlung des Verkäufers das Eigentum an der gekauften Sache, so ist es für die Beurteilung der Frage, ob der Verkäufer vertragsgemäss dem Käufer das Eigentum verschafft hat, ohne Belang, ob dem Verkäufer selbst das Eigentum zugestanden hat, oder ob der Rechtsmangel erst durch die Veräusserung an den gutgläubigen Käufer gehoben worden ist.[2]) Der Verkäufer einer fremden beweglichen Sache, der sich zur Zeit der Uebergabe in ihrem Besitz befindet, wie einer fremden unbeweglichen Sache, wenn er zur Zeit der Auflassung als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, ist demnach imstande, seine Verpflichtung aus dem Kaufvertrage einem zur Zeit der Erfüllung gutgläubigen Käufer gegenüber zu erfüllen.[3]) Und zwar macht es hierbei keinen Unterschied, ob der Verkäufer wissentlich oder nicht wissentlich eine fremde Sache veräussert. Kennt der Käufer aber bereits bei Kaufabschluss den Rechtsmangel, so erwirbt er, falls er nicht etwa zwischen Kauf und Erfüllung in irriger, aber nicht grob-fahrlässiger Weise den Glauben erlangt, dass der Rechtsmangel nicht bestanden habe oder beseitigt sei, auch durch den Uebereignungsakt nicht das Eigentum an der verkauften Sache.

Gemäss § 439 B.G.B. kann er sich jedoch wegen dieses Rechtsmangels nicht an den Verkäufer halten. Schliesst also jemand trotz der Kenntnis von dem Rechtsmangel den Kauf ab, so modifiziert sich der Inhalt der Verkäuferverbindlichkeit dahin,

---

[1]) Vgl. auch Gruchot-Schöller Bd. 46 S. 6 ff.

[2]) A. M. Romeik S. 40 ff.

[3]) Eine Ausnahme hiervon gilt nur für den Verkäufer einer gestohlenen, verlorenen oder sonstwie abhanden gekommenen Sache gemäss § 935 B.G.B., eine Ausnahme, die sich jedoch nach § 935 II B.G.B. nicht auch auf gestohlenes Geld und gestohlene Inhaberpapiere und auf die in öffentlicher Versteigerung veräusserten Sachen erstreckt.

dass der Verkäufer dem Käufer nicht das Eigentum, sondern nur die Rechtsposition zu verschaffen hat, die ihm nach Ansicht des Käufers beim Kaufabschluss zusteht.

Es steht den Parteien ferner frei, eine Vereinbarung zu treffen, durch welche dem Verkäufer die Verpflichtung zur Verschaffung des unbeschränkten Eigentums erlassen wird (vgl. § 443 B.G.B.). Ist beim Kaufabschluss eine derartige Vereinbarung (das römische pactum de non praestanda evictione) getroffen worden, so beschränkt sich die Eigentumsverschaffungspflicht auf die Uebertragung des dem Verkäufer bei der Vertragserfüllung zustehenden Eigentums, d. h. also auf die Vornahme der Eigentumsübertragungshandlung. Hat allerdings der Verkäufer arglistig den Mangel verschwiegen, so wird durch die Vereinbarung gemäss § 443 B.G.B. seine Haftungspflicht nicht berührt.

Während aber im Normalfall des § 433 B.G.B., wie erwähnt, der Verkäufer zur Verschaffung des unbeschränkten Eigentums verpflichtet ist, erwirbt der gutgläubige Käufer, auch, wenn weder dem Verkäufer noch dem Eigentümer das unbelastete Eigentum zustand, falls die Voraussetzungen für den Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten vorliegen, die Kaufsache zu vollem Recht (§§ 936, 892 B.G.B.), und zwar selbst dann, wenn der Verkäufer nach § 443 B.G.B. nicht zur Beschaffung des unbeschränkten Eigentums verpflichtet war.

§ 2.

Die Verpflichtung des Verkäufers zur Verschaffung des Eigentums als ein Teil der Verkäuferverbindlichkeit.

Ist der Verkäufer Nichteigentümer der verkauften Sache, so wird der Käufer, wenn die Sache sich im Besitze des Verkäufers befindet, wenigstens die tatsächliche Herrschaft über die Sache erlangen; steht dem Verkäufer jedoch neben dem Mangel der Verfügungsmacht auch nicht die Möglichkeit zu, dem Käufer den Besitz der Sache zu verschaffen, so wird in der Regel lediglich eine Geldentschädigung an die Stelle der Verkäuferverbindlichkeit treten. Ist also eine fremde Sache das Kaufsobjekt, so kann das Unvermögen des Verkäufers zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten entweder sich auf den ganzen Inhalt der durch § 433

B.G.B. bestimmten Verkäuferverpflichtungen erstrecken oder sich nur auf die in dem zweiten Absatz des § 433 aufgenommene Rechtsverschaffungspflicht beschränken. Für den letzteren Fall ist die Frage zu erörtern, ob die alleinige Uebertragung des Besitzes bzw. die Einräumung des mit einem dinglichen Rechte belasteten Eigentums eine teilweise oder eine vollständige Nichterfüllung des Kaufvertrages darstellt. Die Nichterfüllung infolge des Rechtsmangels wird aber in der Regel ihren Grund in dem Nichtleistenkönnen des Verkäufers haben. Die aufgeworfene Frage wird also auch dahin formuliert werden können, ob der Verkäufer, der den Besitz, nicht aber das Eigentum bzw. das unbeschränkte Eigentum einzuräumen imstande ist, teilweise oder vollständig zur Leistung unvermögend ist.

Nach Kisch[1]) kann teilweise Unmöglichkeit überhaupt nur bei teilbaren, d. h. solchen Leistungen in Frage kommen, die ohne Beeinträchtigung ihres Wesens in eine Mehrheit von kleineren dem ganzen gleichartigen Leistungen zerlegt werden können, oder nach dem Parteiwillen zerlegt werden sollen. Nach Dernburg[2]) ist eine Leistung dann teilweise unmöglich, wenn der vom Gläubiger verfolgte Zweck teilweise und verhältnismässig erreicht wird. Das von Kisch aufgestellte Erfordernis der Gleichartigkeit der Teilleistungen scheint uns aber ebensowenig im Gesetz oder durch die ratio legis begründet zu sein, wie der Dernburgsche Proportionalitäts-Standpunkt, nach dem überall da, wo der Zweck durch die Teilleistung, wenn auch nicht verhältnismässig, so doch in einem relativ höheren oder geringeren Masse erreicht wird, eine teilweise Unmöglichkeit als nicht vorhanden anzusehen ist.

Andererseits können wir Titze nicht beipflichten, der grundsätzlich in jedem Falle, in dem eine Leistung in irgend einer Beziehung, sei sie gegenständlicher, zeitlicher oder örtlicher Natur, nicht völlig erfüllt werden kann, das Vorliegen nur teilweiser Unmöglichkeit annimmt.[3]) Gewiss ist rein logisch betrachtet eine derartige Unterscheidung zwischen vollständiger und nicht vollständiger Leistung denkbar. Eine teilweise Unmöglichkeit im Sinne des Gesetzes aber — dies erhellt unseres Erachtens auch aus der Fassung des § 280 B.G.B. Abs. 2 Satz 1 — kann nur dann vorliegen, wenn der unmögliche und der noch mögliche Teil den Zweck der Obligation zu einem

---

[1]) Kisch a. a. O. S. 164, 165.

[2]) Dernburg, B.G.B. II, I § 47 S. 105.

[3]) Titze a. a. O. S. 31.

Teile verwirklichen, und begrifflich als Teile des Leistungsinhalts aufzufassen sind, d. h. also, wenn sie den Inhalt einer selbstständigen Obligation bilden können und sich inhaltlich zu dem Ganzen des Schuldverhältnisses ergänzen.[1]) Ist nun der Verkäufer zwar zur Uebergabe der Kaufsache imstande, zur Erfüllung seiner zweiten Hauptverbindlichkeit, der Verschaffung des unbeschränkten Eigentums, aber unvermögend, so wird sich in der Regel der Käufer nur auf teilweises, nicht auch vollständiges schuldnerisches Unvermögen berufen können. Dies gilt sowohl dann, wenn der Verkäufer dem Käufer das Eigentum überhaupt nicht verschaffen kann, wie wenn er ihm zwar Eigentum bei der Kaufsache einräumt, dies aber mit einem dinglichen Recht belastet ist, das nur eine Wertverringung, nicht aber eine völlige Gefährdung des Kaufzweckes zur Folge hat. Wenn hingegen Titze die Rechtsverschaffungspflicht für einen derartig wesentlichen Bestandteil der Verkaufsverbindlichkeit erklärt, dass ihre Nichterfüllung den Vertrag gänzlich unmöglich macht, so dürfte dem entgegenstehen, das nach §§ 439, 443 B.G.B. die Vertretungspflicht für Mängel im Recht nur eine naturale negotii bildet, und dass der Einräumung der tatsächlichen Herrschaft insofern eine selbständige Bedeutung zukommt, als der Käufer den Mangel im Recht zu beweisen hat. (§ 442 B.G.B.[2])

§ 3.

Liegt bei dem Verkauf einer fremden Sache ein schuldnerisches Unvermögen zur Leistung vor?

Da die Gewährleistungspflicht für Mängel im Recht demnach einen Teil der Verkäuferverbindlichkeit bildet, wird der Käufer einer fremden Sache, der mit dem Besitz nicht das Eigentum erlangt hat, nach den allgemeinen, für die teilweise Nichterfüllung eines Vertrages, geltenden Grundsätzen wegen des

---

[1]) Zwischen örtlicher, zeitlicher und gegenständlicher teilweiser Unmöglichkeit zu scheiden, scheint uns schon aus dem Grunde nicht angängig, weil eine teilweise Unmöglichkeit, die sich nur auf die gegenständliche Seite erstreckt, undenkbar ist, weil eine derartige Unmöglichkeit vielmehr immer auch eine teilweise Unmöglichkeit in bezug auf Zeit und Raum zur Folge hat.

[2]) Vgl. auch Prot. I S. 662. „Die Uebergabepflicht sei das wesentliche . . . der Verkäufer genüge seiner Verpflichtung, wenn er die Sache so übergebe, dass die Lage, in welche die Uebergabe den Käufer bringe, kein Hindernis des Genusses enthalte.

Rechtsmangels gegen den Verkäufer vorgehen können. Nach der herrschenden Meinung stehen jedoch darüber hinaus dem Käufer der fremden Sache allgemein die Rechte zu, die dem Gläubiger im Falle des schuldnerischen Unvermögens zur Leistung gegeben sind.

Kleineidam[1]) stützt sich für seine Behauptung, dass auch dann, wenn es dem Schuldner möglich wäre, sich die Sache zu beschaffen, schuldnerisches Unvermögen vorliege, auf seine Theorie von der obligationsmässigen Kraftanstrengung.

Es müsse nach den konkreten Verhältnissen des einzelnen Falles geprüft werden, ob die Spannung der betreffenden Leistungspflicht eine derartig intensive sei, dass der Schuldner auch eventuell zur Beschaffung der fremden Sache verpflichtet wäre. Wenn der Wille der Partei nicht wenigstens als eventueller dahin ausgelegt werden könne, dass der Verkäufer sich zur Beschaffung der Sache verpflichte, wäre in jedem Fall der Schuldner zur Leistung unvermögend. Eine derartige Ausschaltung des Gesetzeswillens durch die von Kleineidam beliebte Sanktionierung der Parteiabsicht beruht jedoch auf einer einseitigen Ueberspannung seiner an sich richtigen Theorie, die übrigens wohl im Grunde genommen, nur einer Anwendung des § 242 auf die Lehre vom Unvermögen darstellt. Wollte man mit Kleineidam bei Auslegung der Verträge auch den eventuellen Willen der Parteien erforschen und anerkennen, so würden die naturalia negotii höchstens die Bedeutung von Auslegungsregeln erlangen, während ihr Zweck gerade in der Beseitigung der Rechtsunsicherheit besteht, die durch die Unfähigkeit der Parteien, die rechtliche Wirkung einer Willenserklärung in allen ihren Konsequenzen zu übersehen, hervorgerufen wird.

Nach § 433 ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer das Eigentum an der Sache zu verschaffen; für eine intensive Interpretation dieses Satzes, die dahin ginge, dem Begriff der Eigentumsübertragungspflicht den Sinn einer Verpflichtung zur Uebertragung des dem Verkäufer zustehenden Eigentums zu geben, ist meines Erachtens im B.G.B. kein Anhaltspunkt zu finden. Dem Verkäufer einer fremden Sache mangelt allerdings zur Zeit des Kaufabschlusses die Verfügungsmacht über die Sache. Aber gerade nach Kleineidam[2]) ist für die Beurteilung, ob Unmöglichkeit bzw. Unvermögen vorliege, der Zeitpunkt

---

[1]) Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen S. 16.

[2]) Kleineidam, in Iherings Jahrbüchern Bd. 43 S. 105 ff.

der Vertragserfüllung massgebend, d. h. der Schuldner ist nur dann unvermögend, wenn es sich erwarten lässt, dass er zur Erfüllungszeit die Leistung nicht bewirken kann.

Solange die Möglichkeit gegeben ist, dass der Verkäufer bis zur Fälligkeit der Leistung den Rechtsmangel beseitigt hat, erscheint die Unterstellung schuldnerischen Unvermögens um so weniger gerechtfertigt, als das Gesetz selbst den Verkäufer (einer nicht verlorenen, gestohlenen oder sonstwie abhanden gekommenen Sache) instand setzt, dem Käufer das Eigentum zu verschaffen, ohne dass es ihm selber zusteht.

Kann der Verkäufer allerdings nur mit höheren Opfern das fehlende Recht erlangen, als ihm nach dem Soll des Vertrages zugemutet werden kann, so wird man mit Kleineidam das Nichtleistenkönnen des Schuldners als gegeben ansehen müssen.

Durch die Praxis ist bereits vor Geltung des B.G.B. besonders in der Entscheidung des R.G. XXXI Nr. 38 Urt. vom 7. Juli 1893 die Ansicht vertreten worden, dass der Verkäufer eines Grundstücks, der dasselbe an einen Dritten verkauft und rechtsgültig aufgelassen habe, so lange zur Vertragserfüllung imstande sei, als er die Möglichkeit hatte, das Grundstück wiederzuerwerben. Auch die Verteilung der Beweislast, die dem Verkäufer den Beweis dafür auferlegt, dass er nach Lage der Dinge zum Rückerwerbe imstande ist, und die den Käufer von dem Nachweise der Unmöglichkeit des Wiedererwerbes befreit, erscheint für den Fall des Urteils berechtigt. Nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge ist nicht anzunehmen, dass der Erwerber zur Rückübernahme bereit ist und es erscheint somit das Unvermögen zur Eigentumsübertragung für den Fall der Weiterveräusserung der verkauften Sache dargetan.

Ist aber zur Erfüllung des Kaufvertrages nicht der Wiedererwerb des aufgegebenen Eigentums notwendig, sondern handelt es sich um den Verkauf einer fremden Sache, bei dem die Möglichkeit des Erwerbes des mangelnden Rechtes durch den Verkäufer gegeben ist, so hat der Verkäufer, der das Vorliegen des Unvermögens bestreitet, zwar eine genaue Substantiierung der Umstände zu geben, die die Erwartung rechtfertigen, dass er in der Lage ist, das mangelnde Recht zu erwerben. Den Beweis aber dafür, dass Bemühungen um den Rechtserwerb auf seiten des Verkäufers entweder nicht vorhanden sind oder wenigstens keine begründete Aussicht auf Erfolg haben, hat der Käufer zu führen. (Vgl. auch R.G.E. vom 28. Juni 1902 Bd. 52 S. 92.)

Hat also jemand am 1. Januar ein Grundstück rechtsgültig mit der Bestimmung gekauft, dass die Auflassung am 1. April erfolgen soll und am 1. Februar das Grundstück mit der Pflicht zur Auflassung am 1. Juli weiterverkauft, so ist allerdings bei Abschluss des zweiten Kaufvertrages der Verkäufer nicht Eigentümer des Grundstücks, wohl aber nach unserer Auffassung zur Erfüllung des Kaufvertrages vermögend, denn hier lässt sich bereits bei Entstehen des Schuldverhältnisses beurteilen, dass der Verkäufer zur Zeit der Fälligkeit den Käufer zum Eigentümer des Grundstücks machen kann.

Andererseits ist der Verkäufer, dem zwar beim Kaufabschluss das Eigentum an der verkauften Sache zusteht, der jedoch obligatorisch zur Veräusserung der Sache an einen Dritten verpflichtet ist, bereits bei Eingehung der Verbindlichkeit zur vertragsmässigen Leistung nicht mehr imstande, wenn zu erwarten steht, dass der Dritte die Eintragung einer Vormerkung oder ein vollstreckbares Urteil auf Auflassung vor der Fälligkeit des zweiten Kaufvertrages erwirken werde.

Ist nun für den einzelnen Fall die Feststellung, dass der Verkauf der fremden Sache ein Unvermögen des Schuldners zur Leistung in sich schliesst, so ist weiter zu prüfen, ob das Unvermögen sich als ein dauerndes oder ein vorübergehendes darstellt. Ist z. B. der Verkäufer eines Grundstücks nicht imstande, es vertragsgemäss am 1. April aufzulassen, während er in der Lage ist, sich am 2. oder 3. April das grundbuchmässige Eigentum zu verschaffen, so hat sich doch der Käufer die verspätete Auflassung als vertragsmässige Erfüllung gefallen zu lassen und kann aus der unerheblichen Verzögerung keine Rechte gegen den Verkäufer geltend machen. Vorausgesetzt ist jedoch hierbei, dass die rechtzeitige Erfüllung nicht zum wesentlichen Bestandteil des Vertrages erhoben ist. Der Ansicht von Kleineidam und Titze,[1]) die eine derartig vorübergehende oder zeitweise Unmöglichkeit als eine teilweise Unmöglichkeit, und zwar als eine solche hinsichtlich der Zeit auffassen, glauben wir uns jedoch nicht anschliessen zu dürfen. Eine teilweise Unmöglichkeit ist nur dann als vorliegend zu erachten, wenn die Leistung teilbar ist.[2]) Dass die verspätete Leistung aber begrifflich nicht einen Teil der eigentlichen, also der rechtzeitigen Leistung darstellt, liegt auf der Hand. Allerdings ist es richtig, dass auch der Verzug ein Unvermögen hinsichtlich der Zeit voraussetzt, da ja der Schuldner, der die Erfüllungszeit ohne zu leisten,

[1]) Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen S. 25; Titze S. 24.

[2]) Vgl. oben S. 30.

hat vorübergehen lassen, zur rechtzeitigen und also vertragsmässigen Leistung nicht mehr imstande ist. Gemäss § 285 B.G.B. ist es für die Rechtswirkung des Verzuges gleichgültig, ob der Schuldner fahrlässiger- oder doloserweise nicht erfüllen will, oder ob er bereits zur Zeit des Vertragsschlusses zur Erfüllung nicht imstande war, oder erst später unvermögend wurde. Aber gerade daraus, dass für die Zeit nach der Fälligkeit die vorübergehende Unmöglichkeit einer besonderen gesetzlichen Regelung unterworfen wurde, die mit den Rechtsfolgen der teilweisen Unmöglichkeit zwar in manchen, aber nicht in allen Beziehungen übereinstimmt, ist zu folgern, dass es dem Sinne des Gesetzes entspricht, zwischen vorübergehender und dauernder Unmöglichkeit zu scheiden, und auch auf die vorübergehende Unmöglichkeit, die noch nicht zum Verzuge des Schuldners geführt hat, nicht die Rechtssätze der vollständigen oder teilweisen Unmöglichkeit, sondern die des Verzuges sinngemäss zur Anwendung zu bringen.[1]) Ist die zeitweise Unmöglichkeit demgemäss von dem Schuldner nicht zu vertreten, so wird die Erfüllung nur aufgeschoben. Der Gläubiger ist nicht nur zur Minderung seiner Gegenleistung berechtigt.[2])

Auch nach Schöller liegt beim Verkauf nicht allgemein, sondern nur unter gewissen Voraussetzungen ursprüngliches schuldnerisches Unvermögen zur Leistung vor, wenn nämlich der Verkäufer „nicht in der Lage ist", das Hindernis zu beseitigen, d. h. sich das mangelnde Recht zu beschaffen. Schöller hat jedoch hierbei nicht berücksichtigt, dass als Zeitpunkt für die Beurteilung, ob der Schuldner zur Leistung imstande ist, nur die Fälligkeit der Verpflichtung in Frage kommt. Es ist nämlich einerseits der Fall denkbar, dass der Verkäufer bei dem Kaufabschluss noch nicht in der Lage ist, die Beseitigung des Hindernisses in Angriff zu nehmen, während es indessen zu erwarten steht, dass das Hindernis noch vor der Fälligkeit beseitigt werden kann. Andererseits kann der Verkäufer sehr wohl schon bei dem Entstehen des Schuldverhältnisses einen rechtlichen Anspruch gegen einen Dritten haben, auf Grund dessen er die Beseitigung des Hindernisses erzwingen kann; sobald es sich aber beurteilen lässt, dass er nach Lage der Dinge bis zur Fälligkeit nicht mehr sein Recht im Klagewege geltend machen und im Wege der Vollstreckung verwirklichen kann, haben wir es mit einem Falle vorübergehender oder dauernder Unmöglichkeit zu tun.

---

[1]) Vgl. Schöller Bd. 46 S. 1 ff.

[2]) Vgl. Kisch S. 22.

§ 4.

Liegt bei dem Eintritt des Rechtsmangels nach Kaufabschluss ein nachträgliches Unvermögen zur Leistung vor?

Die Feststellung, ob bereits bei dem Entstehen eines Schuldverhältnisses Unvermögen bzw. vorübergehendes Unvermögen vorhanden ist, ist für das Bürgerliche Gesetzbuch insbesondere deshalb von Bedeutung, weil in ihm eine strenge Scheidung zwischen ursprünglichem und nachträglichem Unvermögen hinsichtlich der Rechtsfolgen vorgenommen ist. Daraus, dass der Verkauf einer fremden Sache noch nicht notwendigerweise ein Unvermögen des Schuldners zur Leistung in sich schliesst, ergibt es sich, dass auch ein nachträglicher Rechtsverlust nicht in allen Fällen ein nachträgliches Unvermögen mit sich führen wird. Da ferner ein ursprüngliches schuldnerisches Unvermögen zur Rechtsübertragung auch dann vorliegen kann, wenn dem Käufer beim Kaufabschluss noch das Eigentum über die Kaufsache zustand, ist es sehr wohl denkbar, dass der Rechtsverlust erst nach Kaufabschluss eintritt, das Unvermögen aber sich als ein ursprüngliches darstellt.[1]) Wenn endlich der Verkäufer einer fremden Sache zwar noch beim Kaufabschluss zur Erfüllung imstande erscheint, nachträglich aber eine Verschiebung der in Betracht kommenden Momente den nachträglichen Rechtserwerb als ausgeschlossen erscheinen lässt, liegt ein ursprünglicher Rechtsmangel neben einem nachträglichen Unvermögen zur Leistung vor. Im letzteren Falle wird allerdings das nachträgliche Unvermögen meist durch den Verkäufer zu vertreten sein, da er sowohl für eine nachträglich eintretende Zahlungsunfähigkeit,[2]) sowie in der Regel für das Verschulden der Personen einzustehen hat, durch deren Vermittelung er instand gesetzt werden konnte, seiner Verpflichtung zur Eigentumsüber-

---

[1]) Beispiel: A hat an B sein Grundstück verkauft. B hat gegen A am 1. Januar 1908 ein rechtskräftiges Urteil auf Uebereignung des Grundstücks erwirkt. Am 2. Januar 1908, bevor das Urteil vollstreckt werden konnte, verkauft A dasselbe Grundstück an C. Es werden 1000 M. sofort angezahlt; der Termin für die Auflassung aber wird auf den 1. April 1908 festgesetzt. Es steht hier bereits am 2. Januar 1908, zur Zeit des Kaufabschlusses mit C fest, dass A ausserstande ist, am 1. April den Kaufvertrag zu erfüllen; der Rechtsmangel selbst aber gelangt erst im Augenblick des Eigentumsüberganges auf B zur Entstehung.

[2]) Planck S. 52, 2; Titze S. 94. Dagegen Oertmann, Komm. S. 35 zu § 275 u. 3.

tragung nachzukommen. Wenn also jemand über ein Grundstück, das er rechtsgültig gekauft, aber noch nicht zu Eigentum erworben hat, einen Kaufvertrag abschliesst, hat er das nachträgliche Unvermögen zu vertreten, das dadurch entsteht, dass der Eigentümer das Grundstück an einen Dritten auflässt. Hat jedoch der Verkäufer den Mangel der Verfügungsmacht weder gekannt noch kennen müssen, hat er somit nicht wissen können, dass die Möglichkeit der Vertragserfüllung von dem freien Willen eines Dritten (nämlich dem des Eigentümers) abhing, so ist die Anwendbarkeit des § 278 ausgeschlossen, da hier die Voraussetzung, dass er sich des Dritten zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit „bedient", nicht zutrifft.

Es sei gestattet, zur Veranschaulichung ein Beispiel heranzuziehen: der Verkäufer hat das verkaufte Grundstück von einem Minderjährigen, der sich ihm gegenüber als volljährig ausgab, gekauft und aufgelassen erhalten. Bis zum Abschluss des zweiten Kaufvertrages tritt die Unwirksamkeit des Erwerbes nicht zutage; später stirbt der Minderjährige, ohne seine Absicht, die Veräusserung des Grundstücks nach Erlangung der Handlungsfähigkeit zu genehmigen, verwirklichen zu können. Der Erbe des Minderjährigen macht sein Recht auf das Grundstück geltend. Hier wird das nachträglich eintretende Unvermögen als ein zufälliges aufzufassen sein und den Verkäufer von seiner Verpflichtung aus dem Vertrage befreien. Allerdings ist von Schollmeyer S. 10, Petri S. 51 die Ansicht vertreten worden, dass auch nach dem B.G.B. eine unbedingte Haftung für Rechtsmängel bestehe, dass also auch der Verkäufer für nachträglich entstandene zufällige Rechtsmängel einzustehen habe. Für die Annahme einer Erfüllungsgarantie ist jedoch im B.G.B. nicht mehr Raum, da sowohl nach der Fassung des § 433 wie nach § 440 Abs. 1 sich die Vertretungspflicht für Mängel im Recht lediglich als ein Teil der Erfüllungspflicht darstellt.[1]) Wenn der Verkäufer den Käufer nicht zum Eigentümer der Kaufsache gemacht hat, so ist er zur Beseitigung des Rechtsmangels verpflichtet. Hat jedoch ein nachträglich eingetretener, zufälliger Rechtsmangel ein zufälliges nachträgliches Unvermögen zur Folge, so wird der Verkäufer nach den allgemeinen Grundsätzen über die Unmöglichkeit von diesem Teil seiner Leistungspflicht befreit.[2])

---

[1]) Vgl. Prot. I S. 665 ff.

[2]) Nicht haltbar erscheint jedoch der Standpunkt Titzes, der den Verkäufer auch für nachträglich eintretende Rechtsmängel ohne Rücksicht auf ein Verschulden haften lässt, wenn er dem Käufer die Sache trotz des Rechtsmangels tradiert hat, S. 265, andererseits aber an den Uebergang der Gefahr (also die Tradition, § 446 B.G.B.) auch eine Befreiung des Verkäufers von der Haftung für nachträgliche Rechtsmängel knüpft, S. 266.

§ 5.

Welche Rechte stehen dem Käufer gegen den Verkäufer wegen Nichtverschaffung des Eigentums zu?

Da die Vertretungspflicht für Mängel im Recht durch den Verkäufer, wie bereits ausgeführt, einen Teil seiner Leistungspflicht bildet, so bestimmen sich die Rechte, die dem Käufer gegen den Verkäufer einer fremden Sache zustehen, nach den allgemeinen Bestimmungen über die Erfüllung der Verträge. Die Folgen der Nichterfüllung des Kaufvertrages sind, wie § 440, I noch besonders hervorhebt, in den §§ 320—327 B.G.B. geregelt.

1. Bietet der Verkäufer einer fremden Sache dem Käufer den Besitz der Sache an, ohne ihm zugleich das Recht verschaffen zu können, so kann der Käufer gemäss § 266 B.G.B. die Annahme der Teilleistung verweigern, er setzt sich somit auch nicht in Annahmeverzug, wenn er seine Mitwirkung bei der Auflassung des verkauften, dem Verkäufer nicht gehörenden Grundstücks verweigert. Andererseits hat der Käufer das Recht, von einem Verkäufer, der sich im Besitz der Sache befindet, Uebergabe zu verlangen, auch wenn diesen das Eigentum nicht zusteht. Das Gleiche gilt, wenn der Verkäufer zwar dem Käufer das Eigentum verschaffen kann, wenn es aber mit dinglichen Rechten belastet ist, die gegen den Käufer geltend gemacht werden können.

2. Solange der Verkäufer seiner Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung aber nicht nachgekommen ist, ist der Vertrag nicht vollständig erfüllt, der Käufer also berechtigt, seine Gegenleistung d. h. die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern (§ 320 Abs. 1). Verstösst die Leistungsverweigerung jedoch gegen Treu und Glauben, weil der Rechtsmangel, z. B. eine unbedeutende Wegeservitut, nur eine geringfügige Belastung des Grundstücks darstellt, so ist der Verkäufer gemäss § 320 II zur Zahlung des ganzen Kaufpreises verpflichtet. (Zwar hat die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nur die Wirkung, dass der Käufer zur Zahlung gegen Verschaffung des lastenfreien Eigentums verpflichtet wird, die Vollstreckung aber kann erst erfolgen, wenn der Verkäufer den Rechtsmangel beseitigt hat (§ 756 Z.P.O.). Den Beweis dafür, dass er dass Recht erworben oder die Genehmiguug des Eigentümers zur Rechtsübertragung erlangt hat, wird der

Verkäufer unbeweglicher Sachen meist durch Vorlegung öffentlicher Urkunden zu führen in der Lage sein.)

Eine Abweichung von den allgemeinen Regeln besteht bei der Nichterfüllung des Vertrages infolge von Nichtverschaffung des Eigentums nur insofern, als nicht der Verkäufer zu beweisen hat, das er auch in dieser Hinsicht seinem Vertrage nachgekommen ist, dass vielmehr der Käufer gemäss § 442 B.G.B. den Beweis für das Bestehen des Rechtsmangels zu führen hat.

3. Hat der Käufer einer fremden Sache indessen den Kaufpreis gezahlt, so kann der Käufer den Verkäufer auf Erfüllung verklagen; hat der Verkäufer dem Käufer wenigstens den Besitz der Sache übergeben, so wird der geltend zu machende Anspruch nur auf die Eigentumsverschaffung, also auf teilweise Erfüllung gehen. Solange nun bei dem Verkauf einer fremden Sache das schuldnerische Unvermögen zur Rechtsverschaffung noch nicht dargetan ist (der Beweis des Unvermögens ist aber, wie bereits oben ausgeführt, als gelungen anzusehen, sobald die Unwahrscheinlichkeit eines späteren Rechtserwerbes dargetan ist), ist unseres Erachtens, selbst vom Standpunkte derjenigen Schriftsteller aus, die beim Vorliegen ursprünglichen Unvermögens die Erfüllungsklage versagen, die Klage auf Beseitigung des Rechtsmangels für zulässig, jedoch auch für allein gegeben anzusehen. Allerdings ist in jedem Falle, wenn der Verkäufer nach der Fälligkeit des Kaufes dem Käufer das Eigentum noch nicht verschafft hat, insofern ein Unvermögen hinsichtlich der Zeit eingetreten, als er zur rechtmässigen Erklärung nicht mehr imstande ist. Durch dieses zeitweilige Unvermögen wird aber die Haftung des Verkäufers aus der Obligation weder zu seinen Gunsten noch zu seinen Ungunsten beeinflusst.

Wenn nun demgegenüber unter Zustimmung von Leonhard-Eck (Vorträge) S. 293 Anm. in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 22. Oktober 1900 (Bd. 47 S. 300) unter Hinweis auf § 40 Z.P.O. und § 894 ausgeführt wird, dass aus einem Urteil, das auf die Eigentumsverschaffung durch den Verkäufer einer fremden Sache ergangen ist, eine Zwangsvollstreckung nicht erfolgen könne, und somit auf Grund des Verkaufs einer fremden Sache die Eigentumsverschaffung unerzwingbar sei, so erscheint dies Bedenken deshalb als ungerechtfertigt, weil dem Käufer zunächst der Anspruch auf Beseitigung des Rechtsmangels zusteht, und dieser für die Zwangsvollstreckung aus § 887 Z.P.O in Frage kommt. Für den Fall, dass der Rechtsmangel in einem seiner Natur nach durch Geld ablösbaren dinglichen Rechte besteht, ist

die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung somit ausser allem Zweifel (vgl. auch R.G.E. Bd. 41 S. 228). Aber auch wenn es sich um die Beseitigung sonstiger Rechtsmängel, wie des Eigentums handelt, ist u. E. der Käufer zu ermächtigen, sich das Recht auf Kosten des Verkäufers durch den Berechtigten übertragen zu lassen, wenn der Letztere gegen angemessene Entschädigung bereit ist, zugunsten des Käufers auf das fragliche Recht zu verzichten. So Schöller Bd. 46 S. 5ff. R.G.E. J.W. 1893 S. 561, 562 (Zwangsvollstreckung gemäss § 773 Z.P.O. „nicht immer"; nämlich dann nicht vollstreckbar, wenn der Eigentümer zur Auflassung nicht gewillt ist), J.W. 1896 659,16 (nur deshalb nicht nach § 887 Z.P.O. vollstreckbar, weil die Bereitwilligkeit des berechtigten Eigentümers nicht dargetan ist).

4. Liegt jedoch dauerndes Unvermögen des Schuldners zur Eigentumsverschaffung vor, so kann derselbe sowohl von dem beklagten Verkäufer geltend gemacht werden, wie dem Käufer als Grundlage für eine Schadensersatzklage dienen. Die Frage aber, welche Wirkung das schuldnerische Unvermögen auf den Schuldner ausübt, wird auf verschiedene Weise beantwortet.

4a. Nach Titze S. 242 sind die Vorschriften über die Unmöglichkeit analog auf das Unvermögen anzuwenden; jedoch soll nach seiner Ansicht der Schuldner bei ursprünglichem Unvermögen nur dann auf das Erfüllungsinteresse haften, wenn er das Unvermögen verschuldet hat. Für den Fall aber, dass das Unvermögen seinen Grund in einem rechtlichen Hindernis hat (also auch für den Fall des Verkaufs einer fremden Sache), behauptet Titze eine unbedingte ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Schuldners eintretende Haftung, indem er für die Vertretung der Rechtsmängel das Vorliegen einer gesetzlichen Erfüllungsgarantie annimmt. (Titze S. 252 Anm. 8.)

Nach Krug S. 40, 46 hat der Schuldner, der infolge mangelnder Verfügungsmacht zur Rechtsübertragung nicht imstande ist, gemäss § 307 B.G.B. dem Gläubiger das negative Vertragsinteresse und auch nur für den Fall zu erstatten, dass er den Rechtsmangel gekannt hat oder hatte kennen müssen. Krug erkennt nämlich die innere Berechtigung einer Garantiehaftung des Schuldners für die Ausführbarkeit der Leistung nur für die Fälle an, wo es sich um Vorgänge in der Seele des sich Verpflichtenden handelt, die für den Gegenkontrahenten nicht wahrnehmbar sind (§§ 118, 119 B.G.B.). Diese Ansicht findet aber wohl ihre Widerlegung in sich selbst, da ja gerade die rechtlichen Beziehungen, in denen der Verkäufer zur Sache

steht, für den Käufer nicht sinnlich wahrnehmbar sind, und der Umstand, dass der gutgläubige Verkäufer das Eigentum nicht erlangt hat, bei unbeweglichen, wie bei beweglichen, nicht gestohlenen Sachen in der Regel auf die Nichtigkeit des zwischen dem Veräusserer und seinem Auctor abgeschlossenen Veräusserungsgeschäftes zurückzuführen ist, somit also seinen Grund in seelischen für den Käufer nicht wahrnehmbaren Vorgängen hat.

Es ist ferner bestritten, ob das Unvermögen die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge hat, oder ohne Einfluss auf die Rechtswirkungen der Obligation ist. Stammler S. 107 und Dernburg, Bürgerl. Recht 2 S. 131 vertreten die Ansicht, dass auch bei Unvermögen des Schuldners zur Leistung der Vertrag nichtig ist. Dernburg führt seine Auffassung jedoch insofern nicht konsequent durch, als er trotz der Nichtigkeit des Vertrages die Schadensersatzpflicht nicht in analoger Anwendung des § 307 B.G.B. auf das negative Vertragsinteresse beschränkt.

Angesichts des Wortlautes des § 306 B.G.B. glauben wir uns jedoch der von Planck 2. Buch S. 47, Endemann I S. 553, 554, Enneccerus § 439 Anm. und Kleineidam, Unvermögen und Unmöglichkeit S. 46, verfochtenen Ansicht anschliessen zu müssen, dass das Unvermögen als solches keinerlei rechtliche Folgen auszulösen imstande ist. Für die analoge Anwendung des § 307 B.G.B. auf das Unvermögen ist aber aus dem Umstande allein, dass durch eine solche in einzelnen Fällen Unzuträglichkeiten vermieden werden können, kein genügender Anhalt zu finden (vgl. Titze, Unmöglichkeit S. 247). Die Unterscheidung zwischen objektiver Unmöglichkeit und Unvermögen erscheint eben deshalb gerechtfertigt, weil man dem Gläubiger nicht allgemein zumuten kann, sich über die persönlichen Fähigkeiten tatsächlicher und rechtlicher Natur des Schuldners Gewissheit zu verschaffen. Hierzu kommt, dass die Verurteilung zu einer unmöglichen Leistung zu keiner Zwangsvollstreckung führen kann, während bei blossem Unvermögen des Schuldners zur Leistung nichts dem entgegensteht, dass ein Dritter erfüllt. Aber auch die Vertreter der Ansicht, dass die Rechtswirksamkeit eines Vertrages durch das schuldnerische Unvermögen nicht berührt wird, kommen hinsichtlich der Frage, auf welche Weise der Gläubiger bei Vorliegen derartigen Unvermögens seine Rechte aus dem Vertrage verwirklichen kann, zu verschiedenen Ergebnissen.

Nach Kleineidam[1]) und Petri[2]) hat der Gläubiger trotz

---

[1]) Kleineidam, Unvermögen und Unmöglichkeit S. 46.

[2]) Petri S. 63.

des schuldnerischen Unvermögens nur das Recht auf Erfüllung zu klagen, so dass der Käufer einer fremden Sache in der Regel, falls irrtümlich der Berechtigte den Rechtsmangel nicht beseitigt, gezwungen sein wird, zwei Klagen gegen den Verkäufer anzustrengen, die erste nämlich auf Erfüllung, die zweite auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Nach Planck[1]) ist der Gläubiger zwar zur sofortigen Anstrengung der Schadensersatzklage berechtigt; da aber eine solche nach § 249 B.G.B. auf Naturalrestitution zu richten sei,[2]) so hat auch nach seiner Ansicht der Gläubiger zunächst nur das Recht, die Wiederherstellung des alten Zustandes, also die Erfüllung zu fordern. Die Plancksche Auffassung gibt dem Käufer jedoch wenigstens die Möglichkeit, direkt auf Geldentschädigung zu klagen, indem er dem Käufer gemäss § 250 B.G.B. eine Frist setzt und nach ihrem Ablauf statt der Naturalherstellung Geldersatz verlangt.

Nach Dernburg[3]) hingegen kann der Gläubiger sofort auf Geldersatz klagen. Die Anstrengung zweier Klagen auf Erfüllung und auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung stellten zwecklose Prozeduren dar, die die Erfüllung nicht erzwingen könnten.[4])

Kisch endlich gibt dem Gläubiger die Wahl zwischen der Erfüllungsklage und der Klage auf Geldersatz; die Klage auf Erfüllung sei statthaft, weil die Tatsache des Uuvermögens erst mit allen Mitteln des Prozesses und Zwangsvollstreckungsverfahrens ermittelt werden solle. Wenn wir auch Kisch[5]) in der Begründung seiner Ansicht nicht zustimmen können, so halten wir sie doch für sachlich berechtigt.

In dem Gesetz selbst ist ein Anhalt für die Versagung der Erfüllungsklage nicht zu finden, die Vollstreckung derselben ist nicht unmöglich, weil es nicht ausgeschlossen ist, dass sich der Berechtigte durch Aufwendungen, die über das Soll des Kaufvertrages hinausgehen, zur Leistung bestimmen lässt. Auch der Gläubiger kann an der Erfüllungsklage ein Interesse haben und es ist nicht ersichtlich, weshalb man dem Schuldner das Recht

---

[1]) Planck, Kommentar § 250 Nr. 13.

[2]) A. M. das Reichsgericht Bd. 66 S. 71, Urteil vom 26. April 1907, und Bd. 61 S. 353, das in ständiger Rechtsprechung den Standpunkt einnimmt, dass der Schadensersatz wegen Nichterfüllung regelmässig auf Geld gehe.

[3]) Dernburg, Bürgerliches Recht II S. 129, 131.

[4]) Aehnlicher Ansicht ist Schöller: Das Gesetz habe die Klage auf Erfüllung in direktem Gegensatz zu der Schadensersatzklage gestellt. Der Schadensersatz könne daher bei Unvermögen nur auf Geld gehen (Bd. 45 S. 530 Gruchot).

[5]) Kisch S. 126.

geben soll, den Gläubiger durch die Verurteilung zur Erfüllung seiner Leistungspflicht zu verhindern. Andererseits ist der Gläubiger u. E. zwar berechtigt, nicht aber auch verpflichtet, die Klage auf Erfüllung zu richten. Dem Gläubiger steht es allerdings zu, von dem Schuldner in der Zwangsvollstreckungsrichtung die Hersteltung zu verlangen, wenn das Hindernis gar nicht durch die „obligationsmässige Kraftanstrengung", wohl aber dadurch Aufwendungen, die nicht geradezu unverhältnismässige sind, beseitigt werden können (§ 251, II B.G.B.).

Wenn der Gläubiger jedoch auf diese Möglichkeit, die Erfüllung durchzusetzen, verzichtet, würde es unbillig sein und dem Sinne des Gesetzes widersprechen, falls man ihn zu der aussichtslosen Erfüllungsklage zwingen wollte, während doch auch in der Regel der Schuldner an einem derartig umständlichen Prozessieren, das ihm eventuell doppelte Geldopfer aufnötigt, kein Interesse haben kann.[1]) Dem Gläubiger, dem nicht bekannt ist, ob auf Seiten des Schuldners ein Unvermögen zur Leistung vorliegt, steht ferner die Möglichkeit offen, die Klage prinzipaliter auf Leistung, eventualiter auf Schadensersatz zu richten.

4b. Der Käufer einer fremden Sache kann somit wegen des Rechtsmangels sofort Geldersatz wegen Nichterfüllung einklagen,[2]) der Verkäufer aber kann die vom Verkäufer geltend gemachte Erfüllungsklage nicht durch den Nachweis seines Unvermögens abwehren.[3])

4c. Ist der Rechtsmangel hingegen erst nachträglich entstanden, so wird der Verkäufer von jeder Verpflichtung frei, sobald er nachweisen kann, dass derselbe ein von ihm nicht zu vertretendes Unvermögen herbeigeführt hat; das gleiche gilt für den Fall, dass der Rechtsmangel zwar schon beim Kaufabschluss bestanden hat, das vom Verkäufer aber nicht verschuldete Unvermögen erst nachträglich eingetreten ist.

5. Liegen endlich die allgemeinen Voraussetzungen des Verzuges vor, d. h. hat der Verkäufer trotz Mahnung die Sache nicht übergeben, oder nicht das unbeschränkte Eigentum verschafft, ohne dass er an der Leistung durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand verhindert wird (§§ 284, 285 B.G.B.), so stehen dem Käufer die Rechte aus §§ 286 ff.,

---

[1]) Vgl. R.G.E. vom 18. Februar 1903, Bd. 54 S. 29ff.

[2]) Die kumulative oder alternative Verbindung der Erfüllungs- und Schadensersatzklage ist allerdings unzulässig.

[3]) Vgl. R.G.E. Urteil vom 28. Juni 1902 Bd. 52 S. 92.

326 B.G.B. zu. Der Käufer, der auf Grund des Unvermögens oder gemäss § 326 Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, kann nur dann einen Anspruch wegen vollständiger Nichterfüllung geltend machen, wenn der Verkäufer ihm auch den Besitz der Sache nicht eingeräumt hat, oder wenn er an der teilweisen Erfüllung (§ 325 Abs. 2) kein Interesse hat. Ein begrenztes dingliches Recht wird jedoch nur in Ausnahmefällen dem Käufer das Recht geben, gemäss § 325 Abs. 2 gegen den Verkäufer vorzugehen.

Der Nachweis mangelnden Interesses wird dem Käufer aber wohl in der Regel durch die Berufung darauf gelingen, dass für ihn die fremde Sache ohne Wert ist, an deren Nutzung und Bewirtschaftung er durch die Pflicht zur Rücksichtnahme auf einen Dritten (§§ 987, 989 B.G.B.) in weitgehendster Weise behindert ist.

Kann der Käufer aber nicht nachweisen, dass er an der teilweisen Erfüllung kein Interesse habe, so kann er auch seinen Schadensersatzanspruch nur auf den durch den Rechtsmangel verursachten Schaden stützen. Die Berechnung des Schadens wird allerdings häufig dem Käufer Schwierigkeiten bereiten. Doch wird er wohl nicht selten einen konkreten Schaden, z. B. das Interesse an einer vorteilhaften Weiterveräusserung der Sache, an der ihn der Rechtsmangel gehindert habe, der Berechnung zugrunde legen können.

Aber auch da, wo dem Käufer nur ein Anspruch wegen teilweiser Nichterfüllung zusteht, wird er in der Regel in der Lage sein, sich dadurch einen Schadensersatzanspruch wegen vollständiger Nichterfüllung zu sichern, dass er den Eigentümer von seinem Rechte benachrichtigt und denselben dazu bewegt, die Herausgabe seiner Sache von dem Käufer zu verlangen.

6. Der Käufer hat endlich gemäss § 326 B.G.B. das Recht, vom Vertrage zurückzutreten.

Auch hier steht dem Käufer einer fremden Sache, dem der Verkäufer den Besitz übergeben, zunächst nur das Recht zu, wegen des durch die Nichtverschaffung des Eigentums nicht erfüllten Teils des Vertrages zurückzutreten.

Dies wird auch hier insbesondere für begrenzte dingliche Rechte, die an der Kaufsache haften, von Bedeutung werden.

§ 6.

Die Sonderregelung des Gewährleistungsanspruchs bei beweglichen Sachen.

Während sich die Rechte des Käufers einer fremden beweglichen Sache, ebenso wie die einer fremden unbeweglichen Sache demnach grundsätzlich nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 320—327 regeln, finden wir hinsichtlich des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung in § 440, II—IV die Sonderbestimmung vor, dass der Käufer beweglicher Sachen, dem dieselben durch den Verkäufer übergeben worden sind, wegen des Rechtes eines Dritten, das zum Besitz der Sache berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung erst dann verlangen kann, wenn gewisse besondere Voraussetzungen erfüllt sind, wenn er nämlich die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben hat, oder sie dem Verkäufer zurückgewährt, oder wenn die Sache untergegangen ist, oder wenn er dem Verkäufer einen ihm zustehenden Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt, wenn er den Dritten oder dieser ihn beerbt, endlich, wenn er das Recht des Dritten erwirbt oder den Dritten abfindet. Diese Bestimmung soll, wie ausdrücklich betont worden ist, verhüten, dass der Käufer eine Entschädigung wegen des Mangels im Recht erhält und gleichzeitig im Genusse der Sache verbleibt (Protokolle S. 663, Denkschrift S. 59). Endemann fasst unter Berücksichtigung dieses Zweckes der Gesetzesvorschrift den Inhalt des § 440, II—IV dahin zusammen, dass beim Kauf beweglicher Sachen der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung solange ruhe, als sich der Käufer im ungestörten Besitz der Kaufsache befinde (Endemann II S. 701). Endemann hat hierbei jedoch einerseits übersehen, dass der Anspruch nach dem Gesetze auch dann nicht ruht, wenn die Ungestörtheit der tatsächlichen Herrschaft nicht auf den Kauf, sondern auf eine von demselben unabhängige Aufwendung des Käufers oder auf Erbgang zurückzuführen ist (vgl. Petri S. 42), andererseits hat er nicht berücksichtigt, dass auch dann, wenn der Käufer den Besitz der Sache verloren hat, ohne dass ihm ein Anspruch auf Herausgabe gegen den Besitzer zusteht, nach dem Wortlaut des Gesetzes der Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer dem Käufer versagt ist (vgl. Cosack S. 419). Die Wirkung des § 440, II—IV ist vielmehr die, dass der Käufer seinen ihm nach den allgemeinen Bestimmungen zustehenden Schadensersatzanspruch dann nicht geltend machen darf, wenn er:

1. die Sache nicht herausgeben will, oder
2. mangels rechtlicher Befugnis nicht imstande ist, den Dritten, der sich im Besitze der Sache befindet, zur Uebergabe zu veranlassen.

Von einer Gefahr, dass der Käufer trotz der Entschädigung im Genusse der Sache verbleibt, kann aber zweifellos nur im ersten der angeführten Fälle, nämlich dann die Rede sein, wenn der Käufer die Sache nicht herausgeben will. In der Einschränkung auf diesen Fall will nun Cosack (Cosack S. 419) den Inhalt des § 440, II—IV auch auf unbewegliche Sachen analog ausgedehnt wissen, da die bei Schaffung des § 440, II—IV massgebenden Gründe auch bei unbeweglichen Sachen zuträfen.

Es fragt sich aber zunächst, ob der von dem Gesetzgeber mit der Sondervorschrift des § 440, II—IV verbundene Zweck sich angesichts seiner Rechtswirkungen und seiner Stellung im Rechtssystem auch als Zweck des Gesetzes anerkennen lässt d. h. also, ob der von dem Gesetzgeber ins Auge gefasste Zweck durch den Paragraphen in dem von demselben gewollten Umfange erreicht wird, und nicht etwa vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Rechtsfolgen durch ihn hervorgerufen werden, die die Zweckmässigkeit einer Verallgemeinerung in Frage stellen, und ob zweitens der von dem Gesetzgeber durch den Paragraphen angestrebte Erfolg durch die allgemeinen Bestimmungen nicht hinreichend gesichert erscheint und hiermit die Gesetzesstelle ihre Existenzberechtigung im Rechtssystem nachweist.

1. Es ist bei der Beantwortung unserer Frage vor allem nicht ausser Acht zu lassen, dass der Zweck des § 440, II—IV nicht etwa darin besteht, die Sache an den rechtmässigen Eigentümer zurückzuführen. Es soll durch die Sondervorschrift der durch den Verkauf und die Uebergabe einer fremden Sache hervorgerufene Schwebezustand (die hierdurch bestehende Unstimmung in der Verteilung der tatsächlichen und rechtlichen Herrschaft) nicht etwa dadurch beseitigt werden, dass dem Käufer der Schadensersatzanspruch so lange versagt wird, als er die Sache dem Eigentümer nicht herausgeben will. Dem Käufer steht es vielmehr zur Begründung seines Anspruches frei, die Sache an den Verkäufer herauszugeben.

Es dürfte nun aber vom Standpunkt der Rechtspolitik aus kaum etwas gewonnen sein, wenn statt des Käufers der Verkäufer den ungerechtfertigten Besitz der Sache erlangt. Der Käufer muss sich nämlich zu mindest beim Kaufabschluss in gutem Glauben befunden haben, wenn anders er seinen Anspruch auf Gewährleistung mit Erfolg geltend machen will

(§ 439 I B.G.B.). Der Verkäufer aber, der durch die Rückübertragung des Besitzes die Möglichkeit erlangt, die Sache abermals zu verkaufen und einem gutgläubigen Erwerber vielleicht zu eigen zu übertragen, hat sich — wenn es sich um den Verkauf gestohlener Sachen handelt, nicht selten — beim Verkauf nicht gestohlener Sachen aber in der Regel der Fälle im bösen Glauben befunden, da ja sonst der Rechtsmangel seines Auctors bereits angesichts seines guten Glaubens gehoben worden wäre.

Schwerer noch dürfte folgendes Bedenken ins Gewicht fallen:

Der Käufer einer fremden Sache kann, wenn ihm nicht das Recht aus § 325 II zusteht, wie oben ausgeführt, den Schadensersatzanspruch wegen des Rechtsmangels nur darauf stützen, dass durch die blosse Sachübergabe der Vertrag nur teilweise erfüllt sei, er kann nur den Ersatz des Interesses verlangen, das er an der vollständigen Erfüllung d. h. an der unbeschränkten Eigentumsverschaffung hat. Sein Anspruch ist in seinem Umfange also gerade dadurch beschränkt, dass er sich die Sachverschaffung als Teilleistung anrechnen lassen muss. Wenn aber durch die Vorschrift des § 440, II—IV sein Anspruch gerade davon abhängig gemacht wird, dass er die Sachherrschaft aufgegeben hat, so wird ihm jede gesetzliche Handhabe für die Geltendmachung eines Ersatzanspruches genommen.

2. Füllt nun aber der § 440, II—IV insofern, als er sich als eine Kautel gegen die doppelte Vorteilsbeziehung aus dem Kaufe darstellt, tatsächlich eine in dieser Hinsicht sonst bestehende Lücke des Gesetzes aus?

Der Käufer, der wegen des Rechtsmangels Schadensersatz wegen vollständiger Nichterfüllung verlangt, der somit Geldersatz an Stelle der Sach- und Eigentumsübertragung beansprucht, ist — so muss die Antwort auf die gestellte Frage lauten — bereits nach den allgemeinen Vorschriften zur Herausgabe des Sachbesitzes verpflichtet, da er ihn nur auf Grund eben jener Verkäuferverbindlichkeit erlangt hat, auf deren angebliche Nichterfüllung er seinen Schadensersatzanspruch stützt. Macht aber der Verkäufer von seinem Rechte, die Herausgabe der Sache zu verlangen, nicht Gebrauch, so wird der Käufer allerdings, solange der Eigentümer die Sache nicht evinziert, im Genuss der Sache verbleiben. Es ist die Sachlage aber dann keine andere, als überall, wo der Schuldner infolge absichtlichen Verzichts, infolge von Saumseligkeit oder error iuris von seiten des Gläubigers einen rechtlich nicht begründeten

Vorteil erlangt; den Schuldner aber zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu zwingen, wenn der Gläubiger selbst die Verwirklichung seines Rechtes ausser acht lässt, kann als Aufgabe der Rechtsordnung nicht anerkannt werden. Nur dann, wenn der Verkäufer in der irrigen Meinung, dass der Käufer die Kaufsache dem Eigentümer bereits herausgegeben habe, die Rückgabe der Kaufsache nicht verlangt, stellt sich die Bestimmung des § 440 II—IV als zweckdienlich dar. Hier tritt dann die Bedeutung der Sondervorschrift des § 440 II—IV zutage, die den Käufer zwingt, seinen Schadensersatzanspruch dahin zu substantiieren, dass einer der in dem Paragraphen bezeichneten Fälle eingetreten ist, während der Verkäufer nach den allgemeinen Grundsätzen sein Recht auf den Rückerwerb des Besitzes mittels Einrede geltend machen muss (vgl. Rawitscher S. 74, Petri S. 46).

Erscheint somit aber für die Regel der Fälle gemäss der bisherigen Ausführungen eine analoge Anwendung des § 440, II—IV schwerlich durch „innere Gründe" als geboten, so steht einer solchen u. E. vollends die Eigenart der unbeweglichen Sachen, sowohl hinsichtlich ihrer natürlichen Beschaffenheit, wie hinsichtlich der Regelung, die ihr Rechtserwerb im Bürgerlichen Gesetzbuch gefunden hat, entgegen. Ist doch erstens der Eigentümer einer unbeweglichen Sache unverhältnismässig leichter als der Eigentümer einer beweglichen Sache in der Lage, sich jederzeit angesichts der Publizität des Grundbuchs über den Umfang des ihm zustehenden Rechtes Gewissheit zu verschaffen. Es stellen sich ihm ferner auch bei der Feststellung des Ortes, an dem seine Sache sich zurzeit befindet, wie bei Feststellung der Persönlichkeit, die sie zurzeit in Händen hat, keinerlei Schwierigkeiten entgegen, wie sie doch oft die Verwirklichung der Rechte des Eigentümers einer beweglichen Sache vereiteln werden. Und es besteht daher bei unbeweglichen Sachen, nicht im gleichen Masse wie bei beweglichen Sachen, die Gefahr, dass der Käufer einen Schadensersatzanspruch wegen eines Rechtsmangels erlangt, ohne dass der Berechtigte sein Eigentum bzw. sein dingliches Recht geltend macht.

Fassen wir kurz das Ergebnis der bisherigen Ausführungen zusammen, so kommen wir zu folgendem Resultat:

Der Zweckgedanke des Gesetzgebers hat in dem § 440, II—IV eine wenig glückliche Fassung gefunden, soweit derselbe aber in der Sonderbestimmung verwirklicht wird, erscheint ihre analoge Anwendung auf unbewegliche Sachen durch innere Gründe als nicht gerechtfertigt. Von Eck ist nun andererseits (Eck, Vorträge

Bd. 1 S. 441) die Behauptung aufgestellt worden, dass die ratio der Sondervorschrift in der Schwierigkeit der Schadensberechnung vor erfolgter Herausgabe der Sache zu erblicken sei. Doch kann dieser Ansicht nicht beigetreten werden. Macht der Käufer nämlich einen Anspruch wegen teilweiser Nichterfüllung geltend, weil er nicht dartun kann oder will, dass er an der blossen Sachübergabe kein Interesse habe, so muss er sich eben den tatsächlichen Genuss der Sache als Teilleistung anrechnen lassen und ist zur Rück- oder Herausgabe der Sache an den Verkäufer bzw. den Eigentümer nicht berechtigt. Ist sein Anspruch aber auf Schadensersatz wegen vollständiger Nichterfüllung gerichtet, so ist der Umfang seines Schadens in der Grösse seines Interesses an der Vertragserfüllung zweifelsfrei bestimmt.

Lebenslauf.

Ich, Adolf Asch, bin am 27. Februar 1881 in Posen, Preussen, als Sohn des Kaufmanns Julius Asch und seiner Ehefrau Klara, geborenen Graumann, geboren. Ich habe in Posen das Friedrich Wilhelmsgymnasium absolviert. Vom April 1899 ab habe ich auf den Universitäten Heidelberg, Berlin, München und Breslau das Studium der Staats- und Rechtswissenschaften betrieben.

Meine juristische Ausbildung verdanke ich insbesondere den Seminaren der Professoren Bekker, Oertmann, Dernburg, v. Liszt, Leonhardt und Fischer. Am 28. Juni 1902 bestand ich meine erste juristische Prüfung in Breslau. Meiner militärischen Dienstpflicht genügte ich als Referendar im Jahre 1902/1903 beim Feldartillerieregiment 20 zu Posen. Am 6. April 1908 wurde ich nach erfolgreich bestandenem Examen zum Gerichtsassessor ernannt.

Nachdem ich im Juni 1908 mit der Vertretung eines Richters in Ostrowo betraut worden war, liess ich mich im Juli 1908 als Rechtsanwalt am Amtsgericht Berlin-Schöneberg nieder. Am 23. August 1909 verehelichte ich mich mit Fräulein Betti Eilenberg.